

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE AO ATO DE
AFETAÇÃO DE HABEAS CORPUS, NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.**

BRUNO JOSÉ DA CRUZ

Rio De Janeiro

2020

BRUNO JOSÉ DA CRUZ

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE AO ATO DE
AFETAÇÃO DE HABEAS CORPUS, NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Daniel Capecchi Nunes**.

**Rio de Janeiro
2020**

CIP - Catalogação na Publicação

J957f José da Cruz, Bruno
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE AO
ATO DE AFETAÇÃO DE HABEAS CORPUS, NO ÂMBITO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. / Bruno José da Cruz. --
Rio de Janeiro, 2020.
89 f.

Orientador: Daniel Capecchi Nunes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Constitucionalidade. 2. Regimento Interno do
Supremo Tribunal Federal. 3. Afetação de habeas
corpus. I. Capecchi Nunes, Daniel, orient. II.
Título.

BRUNO JOSÉ DA CRUZ

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE AO ATO DE
AFETAÇÃO DE HABEAS CORPUS, NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Daniel Capecchi Nunes**.

Data de aprovação: __ / __ / ____.

Banca examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2020**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, razão e fim da minha vida e de todas as minhas atividades intelectuais.

À minha família, por todo o ensino moral e todo o apoio dispensado para que eu me dedicasse a este trabalho.

Aos colegas de graduação, pelas diversas trocas de conhecimento, especialmente ao amigo Ivantuil Franchini, um verdadeiro espírito de humildade e altruísmo.

Aos amigos do Colégio Pedro II, que me deram suporte para que eu voltasse minha atenção para escrever este trabalho, especialmente a Patrícia Guimarães, que, por nossa amizade, suportou todo o meu estresse com bom ânimo.

À Tatiane Marques, por me ouvir falar de cada passo planejado para este trabalho durante sua elaboração, mesmo sem entender exatamente o que eu dizia.

À amiga Paula Ferraz, pela sua disposição incondicional e entusiasmada em ajudar em tudo, encarnando a ideia de amizade.

Aos professores Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida, que me orientou na fase de projeto; Felipe Marçal e Haroldo Lourenço, pela sua solicitude em momentos de dúvidas na elaboração desta monografia.

Ao meu orientador Daniel Capecchi, pela orientação e sua correção tão detalhista.

RESUMO

Este trabalho aborda a constitucionalidade da interpretação assumida pelo Supremo Tribunal Federal para o art. 21, XI, do Regimento Interno da Corte. Em sede de preliminar de mérito do habeas corpus 143.333/PR, a Corte Suprema entendeu que a norma regimental faculta ao Relator de um habeas corpus ou recurso de habeas corpus, de competência originária dos órgãos fracionários, afetar a ação ao Pleno, sem que se necessite qualquer fundamentação. Em possível colisão com esta interpretação, se evoca o art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, quando preceitua que todas decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme sustentou a corrente minoritária na assentada. Com base nos argumentos apresentados no julgamento, tal como na doutrina e jurisprudência pátria, buscamos investigar a natureza jurídica da afetação para, a partir desta determinação, concluirmos pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da interpretação nascida da tese majoritária.

Palavras-chave: Afetação; Regimento Interno; habeas corpus; fundamentação; constitucionalidade.

ABSTRACT

This work analyses the constitutionality of the interpretation given by the Brazilian Supreme Court to the article 21, XI of its Rules of Procedure. During the preliminary examination of the Habeas Corpus 143.333/PR, the Supreme Court understood that the rule of procedure allowed the Justice Rapporteur of writs of habeas corpus and habeas corpus appeals (which are originally judged by the panels of the Court) to submit lawsuits to the Plenary of the Court without having to justify his or her decision. Possibly against this interpretation, the dissenters stated that according to the Article 93, IX, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil all decisions of the Judicial Power shall be justified, under penalty of nullity. On the basis of the arguments presented in the trial, as well as in the doctrine and in the national jurisprudence, we aim to examine the legal nature of *afetação* (the act of submitting a lawsuit to the Plenary) so that we can conclude if the majority opinion in the Habeas Corpus 143.333/PR is constitutional or not.

Keywords: *Afetação*; Rules of Procedure; habeas corpus; justification; constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1- DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	3
1.1. A regra de motivação das decisões judiciais	4
1.2. O Poder Judiciário como o destinatário geral e o Supremo Tribunal Federal como destinatário particular do dever de fundamentação	16
1.3. O Supremo por dentro: Turma x Pleno	23
CAPÍTULO 2- ANÁLISE DO JULGAMENTO DA PRELIMINAR SOBRE A AFETAÇÃO E CRÍTICA A TESE ASSUMIDA.....	26
2.1 Contextualização da ação	27
2.2 O julgamento da preliminar sobre a afetação, no bojo do HC 143.333/PR.	29
2.2.1 Crítica à condução do julgamento da preliminar do HC 143.333/PR	38
2.2.2 Uma chave de leitura para o julgamento da preliminar do HC 143.333/PR	39
CAPÍTULO 3 – INVESTIGAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA AFETAÇÃO DO HABEAS CORPUS	47
3.1 Investigação da Natureza da Afetação	47
3.1.1 Afetação x princípio do juiz natural	51
3.1.2 Afetação x segurança jurídica	59
3.1.3 Afetação x igualdade (isonomia).....	65
3.2 Definição da natureza da afetação.....	68
CAPÍTULO 4 - ANÁLISE SOBRE A COSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO E BUSCA POR UM CRITÉRIO PARA O USO DA AFETAÇÃO DE HABEAS CORPUS.....	72
4.1 Repercussões constitucionais	72
4.2 Primeiro critério para utilização da regra especial da afetação em harmonia com a Constituição: hipóteses vinculantes.	76
4.3 Segundo critério para utilização da regra especial da afetação em harmonia com a Constituição: regime decisório.....	84
4.4 Afetação x incidente de assunção de competência.....	86
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

No julgamento do HC 143.333/PR^{1,2}, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que a afetação de habeas corpus³, ato de deslocamento da competência originária dos órgãos fracionários para o órgão pleno, é um poder discricionário do Relator, sendo desnecessária qualquer fundamentação. Baseados no regimento interno da corte, nove (dos onze ministros) sustentaram que tal entendimento não fere o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, levantando justas suspeitas de inconstitucionalidade do dispositivo do regimento, segundo a interpretação assumida.

Além da relevância jurídica (possível inconstitucionalidade), existe grande relevância e urgência social para que tratemos do tema. Como será abordado ao longo do trabalho, esta decisão possibilita um ativismo do Relator que, conhecendo de antemão a posição dos colegiados da casa, tem o poder de direcioná-la, conforme seu querer. O resultado de uma possível “manipulação de foro” é a denegação de uma ordem que talvez fosse concedida, caso a ação tivesse sido encaminhada ao órgão originalmente competente.

Adotaremos neste trabalho a seguinte abordagem: no capítulo 1, trataremos da norma que estabelece o dever de fundamentação e do sujeito a quem ela se aplica; no capítulo 2, exporemos o julgamento do remédio e destacaremos as teses conflitantes; no capítulo 3, realizaremos a investigação da natureza jurídica da afetação; e, finalmente, no capítulo 4, apresentaremos as repercussões constitucionais da decisão e, para além, indicaremos medidas para o uso do instituto.

Inicialmente, se faz necessário que demos a conhecer o que é a fundamentação das decisões judiciais, qual a sua previsão legal, qual a carga mandamental que traz em si e como esta se desdobra. Tal conhecimento é imprescindível para o sucesso de

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.333/PR. Rel.: Ministro Edson Fachin. Plenário. Inteiro teor do Acórdão. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339756909&ext=.pdf>>. Visitado em: 11/03/2020.

² O inteiro teor do processo pode ser acessado em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5178344>>. Acesso: 11 mar. 2020.

³ A decisão trata tanto da afetação de habeas corpus como de recurso de habeas corpus. Para evitar a repetição de um objeto tão longo, usaremos apenas “afetação de habeas corpus”, deixando o alerta que tudo que for referido sobre o mesmo, também deve se aplicar ao recurso de habeas corpus.

nosso trabalho, pois este é o “pano de fundo” que forrará toda a nossa exposição.

Não menos importante é conhecer o sujeito a quem se destina a norma que estabelece a obrigação de fundamentação das decisões judiciais. O destinatário da norma nos revela muito do fim da própria norma, nos fornecendo mais elementos para uma leitura hermenêutica.

Ultrapassada essa abordagem introdutória, nos debruçaremos sobre o julgamento do HC 143.333/PR. Primeiramente, colheremos as teses construídas sobre a afetação do HC (qual a natureza jurídica do ato, quais as hipóteses permissivas, como se relaciona com o dever de fundamentação das decisões judiciais etc), contrapondo as posições divergentes. Vencido este primeiro momento, passaremos a realizar a crítica do julgamento, a fim de apontarmos as suas deficiências funcionais, mas, também, as falhas do entendimento majoritário.

Tendo assentado o entendimento da corte, buscaremos investigar a natureza jurídica da afetação do HC. Para tanto, apresentaremos um método de análise investigativa, de forma que, através de sua aplicação, ao definirmos a natureza, concordaremos ou discordaremos da visão da Corte Suprema.

Na última etapa, exporemos as repercussões constitucionais da decisão da Suprema Corte, refletindo e sugerindo a adoção de critérios para aperfeiçoamento do instituto, realizando uma leitura compatível com a Constituição.

Nada mais a introduzir, iniciemos nossa empreitada.

CAPÍTULO 1 - DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para logarmos êxito em nosso empreendimento é preciso que, antes de discutirmos a afetação, entendamos o que é dever de fundamentação das decisões judiciais e a quem se destina. Após identificarmos o destinatário geral da imposição constitucional, buscaremos compreender se este dever se estende ao Supremo Tribunal Federal - STF, ou seja, investigaremos se a corte participa da classe a quem se dirige a norma e, caso positivo, se suas particularidades afastam ou mitigam os efeitos da imposição. Tal tarefa é indispensável, uma vez que o cerne da nossa empreitada se concentra em analisar se existe obrigatoriedade do cumprimento de um dever atribuído — fundamentação da decisão — quando utilizado um instituto específico pela corte: afetação da ação de habeas corpus. Valor algum nos traria discutir tanto o instituto quanto o dever sem conhecermos o sujeito que pratica o ato e àquele a quem se destina a norma. Para tanto, três pontos se revelam essenciais para iniciarmos: entendermos o que é dever de fundamentação, quem é seu destinatário geral e se o STF está compreendido neste, através da busca da sua natureza jurídica.

Busquemos o conceito de natureza jurídica na doutrina de Maurício Godinho:

Encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito (ou até de um ramo jurídico, como o Direito do Trabalho) consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo- os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas (ou de segmentos jurídicos, no caso do ramo justabalhista), de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito. É “atividade lógica de classificação”, pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.⁴

Por sua vez, conhecermos as especificidades do Supremo Tribunal Federal ilumina nossa razão no sentido de examinarmos se, por essas diferenças, o tribunal não é dispensado de alguns deveres atribuídos aos demais que compartilham de sua natureza. Conhecer suas especificidades é uma forma de individualizar o tribunal que é o alvo de nosso estudo.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho: Obra Revista e Atualizada Conforme a Lei da Reforma Trabalhista e Inovações Normativas e Jurisprudenciais Posteriores. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019, p. 83

Por fim, entendermos sua organização interna é imprescindível tendo em vista que a afetação é um ato que ocorre no interior da corte, deslocando a ação de HC das Turmas para o Plenário. Não há dúvidas que para entendermos o deslocamento de uma ação, se faz necessário conhecermos o ponto de partida e o ponto de chegada, bem como a maneira que o regimento interno cuidou do andamento dos processos no interior da corte.

1.1. A regra de motivação das decisões judiciais

A Constituição de 1988, ao adotar o modelo de Estado Democrático de Direito – que podemos definir como “um ideal de Estado, regido pela razão, em que se busca eliminar o arbítrio do poder mediante uma ordem jurídica preestabelecida e dotada de certas garantias”⁵ –, andou bem em consagrar explicitamente um de seus elementos essenciais: a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Previsto pelo art. 93, IX, CRFB, o mandamento serve como um alicerce para todo o ordenamento infraconstitucional, principalmente o processual, de forma que este se estruture e organize por meio de normas que guardem respeito ao dispositivo e garantam a sua efetividade.⁶

A fundamentação das decisões judiciais se apresenta sobre duas vertentes: dever e direito. Encarada pelo prisma do dever, este se impõe ao magistrado que profere uma decisão, no exercício do poder de jurisdição, manifestando o poder do Estado-Juiz. Por outro lado, quando enfatizamos a faceta do direito a fundamentação das decisões judiciais, temos dois sujeitos de direito: as partes que litigam e a coletividade externa a demanda. Faz bem lembrarmos que este é um direito de

⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. O Dever de Motivação das Decisões Judiciais – Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria dos Precedentes. Coordenador Fredie Didier Jr. – 3 ed. Ver. Atual – Salvador: *Juspodvm*, 2019. p. 57

⁶ Não confundir com eficácia. O que afirmamos é que as normas infraconstitucionais garantem a efetividade da norma constitucional no sentido de possibilitar sua aplicação na prática. No mesmo sentido que afirma Barroso: “Em âmbito jurídico, não há avanço maior do que o de assegurar efetividade ao texto constitucional, com a realização concreta dos seus comandos no mundo dos fatos”. BARROSO, Luis Roberto. A Efetividade Das Normas Constitucionais Revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, jul. 1994. P.31

natureza fundamental⁷.

Enquanto dever do magistrado, a fundamentação foi encarada por muito tempo unicamente como uma exigência técnico-hierárquica, tendo em vista que para que os tribunais realizem a reforma ou anulação de uma decisão — ou mesmo para mantê-la —, em caso de recurso, é necessário conhecer seus fundamentos⁸. Seria impossível ao órgão revisor analisar uma demanda recursal se o órgão de primeira instância se furtasse em expor quais os motivos e fundamentos de fato e de direito que o levaram a decidir em certo sentido. Por esta ótica, a fundamentação serve ao próprio sistema de prestação jurisdicional, como ferramenta funcional.

Entretanto, tal dever passou a ser encarado, sob um viés político, como uma forma de verificação da legitimidade da decisão — que deve ser imparcial e correta⁹. Isto é resultado do Estado Democrático de Direito que visa a deslegitimação do exercício arbitrário do poder. Sendo o magistrado um agente público, exercendo um poder delegado por aquele a quem pertence todo o poder, o povo, deve prestar contas dos atos que pratica no exercício de seu múnus e, de forma alguma, pode decidir baseado em seu puro subjetivismo, mas sempre pautado na lei¹⁰. Dessa maneira, garante a imparcialidade do juiz que, ao externar sua decisão, não poderá beneficiar qualquer das partes, mas garantir a justiça, finalidade do Estado¹¹. Assim, a fundamentação funciona como uma ferramenta que possibilita o controle dos atos jurisdicionais pelos demais Poderes da República e pela sociedade em geral¹².

Olhando por outro prisma, temos o direito à fundamentação das decisões judiciais. Aqui, o direito subjetivo tem como sujeito de direito, primeiramente, às partes que litigam perante um juízo ou tribunal. Apesar de não haver previsão

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1423.

⁸ BADR, Eid. Princípio da Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Constitucional. In: BADR, Eid; BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. Hermenêutica Constitucional, decisões judiciais. – Manaus. Editora Valer, 2016, p. 106

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 47.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. Curso de Direito Constitucional – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017, p.1018.

¹¹ BADR, Eid. *Op. cit.*, p. 108.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. – 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p 95.

expressa na Constituição de 1988, a doutrina sempre entendeu que o duplo grau de jurisdição é um direito fundamental implícito¹³. Tal garantia não seria efetiva, caso o ordenamento facultasse aos julgadores não expor os fundamentos que o levaram a decidir, pois impossibilitaria o ataque destes pelas partes em sede recursal, cerceando o direito dos litigantes de recorrerem¹⁴. É nítido que essa faceta do direito das partes se relaciona diretamente com o dever de fundamentação, sob a ótica técnico-hierárquica, ou seja, tanto as partes precisam conhecer os fundamentos da decisão para formularem seus recursos quanto o órgão revisor para decidir por mantê-la, reformá-la ou anulá-la.

Para além de possibilitarem o exercício do direito de recorrer das decisões judiciais, a fundamentação é direito do indivíduo que tem sua esfera jurídica invadida pelo Estado¹⁵. Em um Estado Democrático de Direito, o Estado precisa justificar qualquer invasão ou interferência na vida de seus cidadãos, não sendo diferente com as manifestações do Estado-juiz. Uma ação judicial pode visar uma sentença condenatória que, por sua vez, “prescreve um certo comportamento para o obrigado, consistente no cumprimento de uma prestação”¹⁶. Todavia, também pode perseguir uma sentença declaratória ou constitutiva, sendo que nesta se busca o provimento judicial a fim de criar novas situações ou relações jurídicas, enquanto naquela se persegue a atestação da pré-existência das mesmas¹⁷. O indivíduo contra quem se reconhece uma obrigação ou que vê uma ação declarar uma situação jurídica que implique no seu patrimônio jurídico tem o direito de saber quais os fundamentos da decisão, mediante a qual o Estado interfere em sua esfera jurídica.

Na mesma esteira, a doutrina pátria reconhece, a partir do Novo Código de Processo Civil, que o direito a fundamentação não se restringe ao juiz dar a conhecer os fundamentos da sua decisão, mas, também, o direito dos jurisdicionados de terem

¹³ O Pacto de São José da Costa Rica traz explicitamente tal garantia no artigo 8, 2, h. Aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27/92 e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, o diploma passou a ter natureza de norma constitucional, por força do artigo 5º, § 3º, da CRFB/88.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 47

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. Revista da Faculdade de Direito UFPR. ISSN: 0104-3315 (impresso – até 2013), p. 287.

¹⁶ JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 1103.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1105.

seus argumentos apreciados pelo juízo, contribuindo assim as partes para a formação da decisão¹⁸ — o chamado contraditório efetivo. A medida garante efetividade do princípio do contraditório ao não permitir que o julgador ignore os argumentos das partes e decida por si, mas tenha que efetivamente apreciá-los, fundamentando o seu acolhimento ou o seu afastamento¹⁹. É uma forma de dar transparência a decisão, pois a parte sucumbente (ou mesmo a parte não-sucumbente) tem o direito de saber porque seus argumentos não prosperaram frente ao juízo.

Também a coletividade é titular deste mesmo direito. A coletividade, ainda que não participante do litígio, tem interesse em saber como o juízo decide por diversas razões: conhecer como os juízes/tribunais interpretam o direito, de modo a pautarem suas ações; controlar a atividade jurisdicional, visando afastar as decisões que extrapolem o poder delegado ao julgador pela lei (*lato sensu*), assim como a punição do agente que praticou o ato, conforme as ferramentas estabelecidas pela ordem legal; entre outras. Como já afirmamos, a coletividade desempenha seu direito de conhecer e controlar as decisões judiciais e estas se prestam a exercer um *accountability*, como corolário do Estado Democrático de Direito²⁰.

O art. 93, IX, CRFB, estabelece que cabe ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de dispor sobre o estatuto da magistratura, por meio de lei complementar, sendo necessário observar alguns princípios, tal qual:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação²¹.

No campo infraconstitucional, o novo Código de Processo Civil parafraseou a

¹⁸ *Ibidem*. p 95

¹⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O Princípio da Fundamentação e do Contraditório no Novo Código de Processo Civil. Primeiras Impressões. In: DIDIER, Fredie. Novo CPC doutrinas selecionada, V. 1 : Parte geral. Organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. — Salvador *Juspodivm*, 2016. p.462

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 84

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 de mar. 2020.

norma constitucional, em seu art. 11. Entretanto, para que a disposição constitucional e infraconstitucional lograsse êxito, era preciso definir o que seriam “decisões judiciais”. Coube novamente ao Código de Processo Civil a tarefa. O diploma processual dividiu os atos judiciais em três, a saber: sentenças, decisões interlocutórias e despachos (art. 203, CPC). Ato judicial é gênero, sendo espécies ato decisório (decisão judicial) e ato não-decisório. A sentença, o acórdão e a decisão interlocutória se enquadram na primeira espécie, enquanto o despacho, entre outros atos, são considerados atos não-decisórios²².

O próprio diploma conceitua esses pronunciamentos judiciais, dizendo que a sentença é o pronunciamento realizado pelo juiz que coloca fim a fase de conhecimento ou extingue a execução, com ou sem apreciação do mérito (art. 203, §1º); decisão interlocutória é todo pronunciamento com natureza decisória que não seja sentença (art. 203, §2º, CPC) e despacho os demais pronunciamentos praticados no processo, seja por requerimento da parte ou *ex officio* (art. 203, §3º, CPC). Por último, o art. 204, CPC, diz que acórdão é o julgamento colegiado no âmbito dos tribunais. Da leitura sistemática do art. 203, CPC, percebemos que só há natureza de decisão nas sentenças e decisões interlocutórias, pois o ato com conteúdo decisório que não seja sentença é recebido como decisão interlocutória. O despacho é um impulso processual, sem exibir qualidade de decisão. Logo, percebemos que o art. 93, IX, CRFB, só se aplica as decisões judiciais, ou seja, as sentenças (acórdãos) e as decisões interlocutórias. A doutrina de Mauro Sérgio Rocha concorda e sintetiza bem nossa colocação:

Fundamentar significa que o juiz deve expor as razões, fáticas e jurídicas, do seu convencimento, exigência que não se limita às sentenças ou acórdãos, mas que igualmente se estende às decisões interlocutórias. Dispensam-na os despachos, na medida em que apenas impulsionam o processo e nem mesmo desafiam a interposição de recursos (CPC, art. 504)²³.

Toda decisão deve ser fundamentada, mas não se deve confundir a decisão em si com a fundamentação, pois esta é parte integrante daquela. Nesse sentido, dispõe o

²² A doutrina de Humberto Theodoro explica que, apesar do código tentar colocar todo ato não-decisório como despacho, existem atos que não são decisões judiciais e tampouco despachos. Ver THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p.511-512.

²³ ROCHA, Mauro Sérgio. Aplicação Direta de Princípios Constitucionais: Justificação das Decisões Judiciais. In: CUNHA, J.S. (coord), QUEIROZ, Luiz Fernando de (Edit). *Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 289.

art. 489, CPC, que são elementos da sentença o relatório, os fundamentos e o dispositivo. O relatório é o resumo do processo, contendo as partes, fatos relevantes, o que se pede e o que foi contestado (art. 489, I, CPC). O dispositivo é a decisão em face do pedido e da contestação (art. 489, III, CPC). Os fundamentos (fundamentação) é a análise das questões de fato e de direito, percorridas pelo julgador a fim de sustentar a sua decisão (art. 489, II, CPC). Logo, a fundamentação é um capítulo inafastável dentro de uma decisão judicial, conforme dispõe o inciso II, mas a decisão não pode se resumir somente a ela, mas a todo o disposto.

Seguindo a leitura do art. 489, o código, em seu §1º, traz um conceito — negativo, diga-se de passagem — do que seria fundamentação, ou melhor, expôs quando uma decisão judicial não será considerada fundamentada. Assim dispõe:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento²⁴.

O artigo merece ser visto mais detidamente, uma vez que é bom que conheçamos o que torna uma decisão não-fundamentada. O inciso I veda ao julgador decidir com base em ato normativo sem realizar a subsunção do caso concreto ao ato²⁵. Assim, não basta invocar a norma, mas é preciso que se exponha o caminho racional que foi aplicado de forma a se entender que o caso apreciado está sob o comando normativo.

²⁴ BRASIL. Legislação Informatizada. Lei Nº 13.105, de 16 De Março de 2016 - Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 11 de fev. 2019.

²⁵ BATISTA, Thaisa Carvalho. Fundamentação Analítica no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Análise do Imperativo Legal às Decisões Judiciais nos Termos do Art. 489, § 1º da Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. In: BADR, Eid; BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. *Hermenêutica Constitucional, decisões judiciais*. – Manaus. Editora Valer, 2016. p. 246

O inciso II afasta o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem a devida individualização da norma por detrás deles. Podemos definir tais conceitos como “padrões normativos que, por sua natureza, apenas ganham concretude se aplicados à situação específica”²⁶. É novamente um dever de subsunção, pois, só se extrai a norma por meio da aplicação ao caso concreto.

Também não se considera fundamentada a decisão que invoque motivos que se prestam a justificar qualquer outra decisão, segundo inciso III. O que se procura evitar com esse comando são as decisões genéricas ou padrão, que não enfrentam o caso concreto, exibindo um grau de generalidade que impossibilita identificar sua relação com o caso concreto.²⁷

O inciso IV, segundo Daniel Assumpção, inaugura um sistema de fundamentação exauriente, que exige que o julgador aprecie todos os argumentos que embasam a(s) causa(s) de pedir e os fundamentos da defesa, limitando-se aqueles que, em tese, tem aptidão a infirmar o convencimento judicial.²⁸

Por sua vez, o inciso V trata novamente de uma subsunção, a exemplo dos incisos I e II. Deste modo, a fundamentação que trazer súmula, jurisprudência ou precedente para aplicá-las “deve demonstrar a correlação entre os fundamentos do entendimento consagrado e as circunstâncias do caso *sub judice*”²⁹, novamente valendo-nos das palavras de Daniel Assumpção.

Finalmente, não se considera fundamentada, na inteligência do inciso VI, a decisão que o juiz não aplique enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente que a parte tenha apresentado. O exercício é o contrário do inciso V, pois cabe ao juiz explicitar a motivação que o fez entender que o caso concreto se distingue, por razões de fato ou de direito, ou que os entendimentos consolidado nestes instrumentos deva ser superado.

²⁶ PADILHA, Letícia Marques; JOBIM, Marco Felix. Fundamentação das Decisões Judiciais no Código de Processo Civil de 2015. In: OLIVEIRA, Flávio Luís de; BORGES, Paulo César Corrêa. Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III. Organização CONPEDI/UNICURITIBA. – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 156

²⁷ *Ibidem*, p. 157.

²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção *Op. cit.*, p. 854-855.

²⁹ *Ibidem*, p. 855.

Bem, até agora vimos que a fundamentação de decisões judiciais é um dever e um direito, com funções processuais (possibilita o órgão revisor analisar a decisão e a parte sucumbente a elaborar seu recurso) e extraprocessuais (é uma ferramenta de transparência e controle por todos os cidadãos, desdobramento do Estado Democrático de Direito). Demos um passo além, e, a partir do código de processo civil, entendemos que este dever/direito só pode ser exigido diante de uma decisão judicial (sentença/acórdão ou decisão interlocutória). Ainda pela inteligência do código processual, descobrimos que a fundamentação toma forma como um elemento da decisão judicial e, por fim, definimos o que é não fundamentar uma decisão. Agora, é preciso que busquemos um conceito positivo que determine qual é a substância da fundamentação, o que deve constar em seu corpo, como deve ser elaborada. Para tanto, precisamos enfrentar uma discussão conceitual.

Já no código de processo civil de 1973, havia quem entendesse pela diferença dos termos fundamentação e motivação das decisões judiciais, não vendo neles a mesma aplicação³⁰. Já no império do código de 2015, Lucca traz os seus argumentos por optar pelo termo motivação em vez de fundamentação, conforme se lê:

A escolha possuiu duas razões. A primeira é de ordem prática. A utilização do termo “motivação” coaduna-se com a terminologia empregada nos países de língua italiana (motivazione), francesa (motivation) e espanhola (motivación); nos países de língua inglesa, embora normalmente refiram-se a reasoned judgments ou giving reasons, também é utilizada, eventualmente, “motivation”. A segunda é de ordem teórica. Embora os termos tenham basicamente o mesmo significado, “fundamentação” transmite a ideia de que motivar uma decisão é simplesmente indicar os seus fundamentos, as razões que a suportam. O dever de motivar, porém, é mais que isso. Motivizar não é só dizer que a decisão é boa, mas que aquela era a única decisão que poderia ser tomada no processo; ou seja, que a decisão é a melhor que poderia ser tomada diante de todos os elementos colocados à disposição do juiz. Sendo assim, o instituto será referido neste trabalho como “motivação”.³¹

Ainda optando pela diferença dos conceitos, entende Mendes e Streck que a motivação é parte integrante da fundamentação, sendo esta a apresentação dos fundamentos legais e constitucionais da decisão e aquela os motivos, o *iter* percorrido pelo julgador, conjugando os fatos e direitos apresentados, até se estabelecer os

³⁰ Para se aprofundar no tema ver o excelente trabalho de SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e Fundamentação das Decisões Judiciais e o Princípio da Segurança Jurídica. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº 7 - Jan./Jun 2006 - Vol.2

³¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Op. cit.*, p. 34.

fundamentos para decidir³². Concordamos com esta última posição, de forma que entendemos que motivação compõe a fundamentação, motivo pelo qual trabalharemos com o termo “fundamentação”, até porque esta foi à opção do legislador constitucional. Assim, todas as vezes que tratarmos de fundamentação, o leitor deve entender que se insere a ideia de motivação.

Dessa forma, fundamentar uma decisão judicial é o oferecimento das razões que levaram o juiz a decidir de tal maneira, considerando os fatos e o direito, de maneira a oferecer às partes, ao órgão julgador e a sociedade a leitura do raciocínio pormenorizado do julgador.³³

A consequência para o descumprimento de tal dever, ou seja, caso o magistrado prolate uma sentença ou decisão interlocutória, sem fundamentá-la nos moldes do CPC, é a nulidade do ato, conforme o mandamento constitucional. Ressalta-se que esta nulidade dura enquanto as decisões forem passíveis de impugnação em sede recursal, ressalvados os casos em que a falta de fundamentação gera um vício de inexistência da decisão, ressalvando a possibilidade de ser arguida em qualquer momento.³⁴

Antes de terminarmos nossa abordagem, precisamos dar um passo atrás e refletirmos sobre o juiz natural, princípio caro a nosso sistema constitucional e de suma importância para o nosso trabalho. A discussão sobre o princípio em comento antecede àquelas voltadas as decisões – e consequentemente a fundamentação –, pois, de fato, o juiz natural é condição *sine qua non* para a existência de uma decisão judicial. Neste ponto nossa atenção se volta à qualidade necessária do próprio sistema jurisdicional.

O princípio do juiz natural é consagrado pela Constituição da República, ainda que não com essa dicção, por diversas normas que expressam diferentes facetas do

³² MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio. *Op. Cit.*, p. 1423.

³³ Para um aprofundamento dos requisitos mínimos do dever de fundamentação, ver LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Op. cit.*, p. 215-253.

³⁴ *Ibidem*, p. 250-254.

mesmo³⁵. Não trataremos aqui dos seus desdobramentos, mas introduziremos apenas seus aspectos mais gerais. O juiz natural é uma garantia constitucional, alicerce da jurisdição e elemento lógico da sua organização, motivo pelo qual permeia diversos dispositivos constitucionais, não se resumindo a um comando, mas agindo como um valor estruturante e legitimador do Estado-Juiz. Bem destaca as lições de Ada Pellegrini:

Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, Seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.³⁶

Pelo seu amplo alcance, a definição conceitual de juiz natural varia na doutrina e jurisprudência, se apresentando como um elenco de suas características e funções. Tendo isto em vista, elegemos a construção dada pelo ministro Ricardo Lewandowski, pois parece reunir a maioria dos elementos dispersos nos doutrinadores:

(...) o âmage teleológico do princípio do juiz natural consiste na estrita prevalência de um julgamento imparcial e isonômico para as partes, levado a cabo por magistrados togados, independentes e regularmente investidos em seus cargos.³⁷

Discorreremos rapidamente pelos elementos que compõe essa definição, quais sejam: imparcialidade e isonomia, referentes ao julgamento; e, quanto ao julgador, a condição de magistrado togado, independente e regularmente investido no cargo.

Uma decisão deve ser imparcial e, como já vimos, a fundamentação é um instrumento que visa aferir esta qualidade, funcionando como um mecanismo de publicidade para possibilitar o controle sobre o decidido. Todavia, a carta magna foi

³⁵ Nesse sentido: “A Constituição Brasileira de 1988 não menciona a expressão “juiz natural” em um determinado artigo. Na verdade, dada a relevância do princípio para o cidadão, ele consagra-se como garantia fundamental em mais de um dispositivo constitucional. Pode-se assim dizer que há vários dispositivos que, de maneira mais ou me, nos implícita, encerram a idéia e o espírito do princípio do juiz natural”. SILVEIRA, Michele Costa da. Reflexões Acerca do Princípio do Juiz Natural. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 18, 2000. P. 202-203. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71210/40423>>. Acessado em: 12 out. 2020.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio do Juiz Natural e Sua Dupla Garantia. Revista de Processo, vol. 29, jan. 1983, p. 11. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/60677868/ada-pellegrini-grinover-o-principio-do-juiz-natural-e-sua-dupla-garantia>. Acessado em: 12 out. 2020.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.133/RS. Rel.: ministro Ricardo Lewandowski. Inteiro teor do acórdão. Plenário. 2010, p. 277. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621497>>. Acessado em: 12 out. 2020.

além e positivou o juiz natural como uma garantia à imparcialidade, não só da decisão, mas daquele que decide. Uma decisão só é realmente livre de parcialidade se aquele que a prola também o for. Nesse primeiro momento, a imparcialidade do juiz natural se manifesta no sistema de jurisdição que não elege, caso a caso, o julgador, mas que se organiza para que a determinação do juízo seja realizada por critérios impessoais e pré-estabelecidos, independentes de quem sejam as partes – também chamada de aleatoriedade³⁸. Todavia, se este primeiro filtro falhar, outras ferramentas vinculadas ao juiz natural poderão corrigir a distorção, como a suspeição e o impedimento, no plano infraconstitucional, por exemplo³⁹.

Tratando da isonomia, há de se anotar que a imparcialidade do juízo se perfaz em um tratamento e julgamento isonômico frente às partes⁴⁰. Sendo todo cidadão igual perante a lei, não é dado ao aplicador realizar qualquer discriminação. Desse modo, o juiz natural também consagra a igualdade, pois busca um juiz neutro, designado objetivamente, capaz de decidir pelo direito e não por dissabores pessoais em face de qualquer das partes. Para além, a isonomia também se dá fora da relação processual estabelecida, quando se garante o mesmo critério abstrato de determinação do juiz natural para as possíveis causas iguais.⁴¹

Quanto à exigência de um magistrado togado, a doutrina retira esse desdobramento do art. 5, XXXV, CRFB, com a seguinte dicção: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁴². Por esta previsão, o juiz natural garantido a todos para julgar lesão ou ameaça a direito é membro do Poder Judiciário, ou seja, magistrado togado⁴³.

Seguindo nosso elenco, a independência do magistrado é um pressuposto para

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 645.

³⁹ OLIVEIRA, Lúcia Lara Araújo de; SIMON, Souza Wernersbach. Uma Análise do Parágrafo Único do Artigo 475-P do Código de Processo Civil à Luz do Princípio do Juiz Natural. Processo e jurisdição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Fabricio Muraro Novais, Francisco Cardozo Oliveira, Marlene Kempfer. – Florianópolis : FUNJAB, 2013, p. 278. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e43ed95207149c>>. Acessado em: 12 out. 2020.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 645.

⁴¹ SILVEIRA, Michele Costa da. *Op. cit.*, p. 212.

⁴² Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

⁴³ OLIVEIRA, Lúcia Lara Araújo de; SIMON, Souza Wernersbach. *Op. cit.*, p. 274.

a sua imparcialidade, materializada nas suas garantias (art. 95, CRFB) e também na autonomia financeira e orçamentária do Poder Judiciário (art. 99, CRFB) como um todo.⁴⁴

Por fim, a exigência de ser regularmente instituído no cargo visa afastar investiduras de jurisdição a indivíduos que não cumpram às exigências da lei quanto ao procedimento necessário para tal. Desse modo, todos tem direito a um juiz natural que pertence ao Poder Judiciário, tendo ingressado pelos meios legalmente previstos, impedindo qualquer autoridade de criar critérios extrínsecos à lei, como meio de dar posse a um indivíduo que cumpra seus interesses.

Essas são as características mais gerais do princípio do juiz natural. É verdade que deixamos de comentar dois de seus principais desdobramentos: proibição de designação de competência *ex post facto* (art. 5, LIII, CRFB) e formação de juízos *ad hoc* (art. 5, XXXVII, CRFB). Todavia, para que não tropeçemos na pressa, deixaremos para entrar em mais detalhe em momento oportuno, quando voltarmos a enfrentar estas normas⁴⁵.

Sem mais a acrescentar neste adendo que fizemos ao tema principal deste item, reforçamos a construção de Coutinho: “Dessa forma, pode-se definir o princípio do juiz natural como expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade”⁴⁶, uma vez que as demais características apresentadas orbitam em torno destas duas principais.

Confessando a abordagem sintética sobre o tema do dever de fundamentação das decisões judiciais, não iremos além do já apresentado, uma vez que, para evitar o malogro de nosso empreendimento, precisamos enfrentar outras temáticas. Contudo, o dever de fundamentação percorrerá todo este trabalho, como uma espécie de pano de fundo, sendo suficiente o exposto neste tópico.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 644.

⁴⁵ Os desdobramentos serão enfrentados no item 3.1.1, deste trabalho.

⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Princípio do Juiz Natural na CF/88 Ordem e Desordem. *Revista de Informação Legislativa* Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 168.

1.2. O Poder Judiciário como o destinatário geral e o Supremo Tribunal Federal como destinatário particular do dever de fundamentação

Tendo apresentado o dever de fundamentação, suas características e finalidades, agora precisamos apresentar quais atores estão sujeitos a esse dever, ou, em outras palavras, a quem se impõe. Já tendo adiantado que a fundamentação é obrigatória quando prolatadas decisões judiciais, é cediço que somente juízes, exercendo a jurisdição, produzem decisões judiciais. Todavia, é preciso entender quem são esses juízes e que papéis desempenham.

A Constituição de 1988 consagrou o princípio da separação dos poderes — ensaiado, ainda que tortamente, desde a Constituição de 1824 — assentando três funções essenciais ao Estado, distribuídas a três poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 2, CRFB). Esses poderes são independentes — a cada um cabe tipicamente exercer sem interferência sua função —, porém harmônicos, ou seja, a mesma Constituição que previu a independência trouxe mecanismos de controle recíproco entre os poderes — *check and ballence*⁴⁷. Nesse sopesamento entre independência e harmonia, é preciso entender que esta última característica deve ser aplicada de forma restritiva, de modo que a interferência inter-poderes só pode ocorrer nas hipóteses que a própria Constituição previu, sendo a independência a regra.

Ao Poder Legislativo, representante primeiro do povo, coube o múnus de legislar tipicamente, através das diversas formas legiferantes, postas pela carta política, e a função fiscalizadora⁴⁸. De igual forma, a administração da *res publica* ficou a cargo do Poder Executivo, que também exerce funções de governo, na figura do Presidente da República⁴⁹. Já ao Poder Judiciário, foi confiada a função de exercer a jurisdição, julgando as lides que lhe forem apresentadas, de forma a interpretar e

⁴⁷ Teoria dos freios e contrapesos, importada do direito norte-americano. Para um aprofundamento do tema, conferir OMMATI, Fides Angélica de Castro Veloso Mendes. *Dos Freios e Contrapesos entre os Poderes do Estado*. R. info. Legis. Brasília v.14 n. 55. Jul / Set, 1977. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181023/000359521.pdf?sequence=3&isAllowed=y>> . Acessado em 05 de jun 2020.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Op. cit.*, p. 925

⁴⁹ *Ibidem*, p. 975.

aplicar o direito⁵⁰. Essas são as funções típicas de cada poder, entretanto, existem aquelas chamadas de atípicas: quando um poder exerce função típica de outro.⁵¹

A federação, também abraçada pela carta constitucional, dividiu o Estado em três entes políticos: União, Estado e Municípios (art. 1, CRFB). O Poder Judiciário só se manifesta em duas destas esferas: a estadual e a federal⁵². É competência da Justiça Federal julgar lesão ou ameaça de direito previsto no art. 109, CRFB, restando a justiça estadual aquilo que não compete a federal e às justiças especiais — chamada competência residual. Como já adiantamos, para além da justiça federal e estadual, (ambas agrupadas sob o gênero ”justiça comum”), existem as “justiças especiais”: justiça do trabalho, eleitoral e militar.

Uma demanda ordinariamente é apresentada a um juízo singular e, em caso de recurso da parte sucumbente, esta é levada a um tribunal — funciona assim tanto na justiça comum como nas especiais. Este caminho é o que tradicionalmente se conhece por duplo grau de jurisdição. Todavia, existem outros tribunais para além destes — que, em regra, não compõe o duplo grau de jurisdição, é preciso anotar⁵³. São os tribunais superiores: Tribunal Superior do Trabalho – TST (art. 92, II-A c/c art. 111 e ss, CRFB), Tribunal Superior Eleitoral – TSE (art. 188 e ss, CRFB), Superior Tribunal Militar – STM (art. 122 e ss, CRFB), Superior Tribunal de Justiça – STJ (art. 92, II c/c art. 104 e ss, CRFB) e o Supremo Tribunal Federal – STF (art. 92, I c/c art. 102, CRFB)⁵⁴. Estas cortes têm jurisdição em todo o território nacional (art. 92, § 2º, CRFB). São as chamadas instâncias extraordinárias que “ (...) dizem respeito ao direito do Estado Federado ter suas normas aplicadas e interpretadas de modo

⁵⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional - 9. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador. *Juspodivm*, 2017, p.1157

⁵¹ Para fins de exemplificação: o Poder Executivo exerce função atípica quando legisla por meio de lei delegada; o Poder Legislativo, por sua vez, quando julga o Presidente da República por crime de responsabilidade; e o Judiciário funciona atipicamente quando elabora seu regimento interno, exercendo função legiferante.

⁵² As questões que envolvam direito municipal são resolvidas frente ao Poder Judiciário Estadual.

⁵³ Cabe destaque a expressão “em regra”, pois existem exceções, como no caso do Recurso Ordinário, previsto pelo art. 102, I, a, CRFB, onde o STF funciona como instância ordinária, ou seja, como uma corte de revisão, em segunda instância. Nesse sentido conferir MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz *Op. cit.*, p. 1486.

⁵⁴ O Conselho Nacional de Justiça não foi elencado por não ser um órgão com poder de jurisdição, não tendo natureza de tribunal, mas exercendo tão somente funções administrativas, conforme art. 103-B, §4º, CRFB.

uniforme em todo o território nacional (...)”⁵⁵

Se, anteriormente, destacamos que este tópico do trabalho se destinava a apresentar o destinatário geral do art. 93, IX, CRFB (Poder Judiciário), aqui, iremos encurtar ainda mais o nosso campo, repousando nosso olhar sobre um destinatário específico, que é o alvo deste trabalho: o Supremo Tribunal Federal.

Perceba que esta pequena explanação que fizemos até o presente momento situou a Suprema Corte em nosso ordenamento — integrante do Poder Judiciário —, mas não apresentou sua natureza jurídica. Para tanto, precisamos fazer uma distinção básica entre dois fenômenos que são possíveis na forma com que a Administração Pública se organiza: a desconcentração e a descentralização administrativa. Socorremo-nos na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica.

Difere da desconcentração pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; (...). As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia.

A descentralização supõe a existência de, pelo menos, duas pessoas, entre as quais se repartem as competências.⁵⁶

Como vimos no próprio texto constitucional, o Supremo é órgão do Poder Judiciário (art. 92, I, CFRB) e não entidade, ou seja, não tem personalidade jurídica própria, não se distinguindo do Ente Federativo que compõe: a União. Avançando mais em nossa investigação, podemos dividir as características da corte em duas classes: a) características comuns e b) características especiais. São características comuns: a natureza jurídica de órgão (cada juízo é um órgão, mesmo os singulares; assim como cada tribunal) e a qualidade de tribunal superior (já tivemos a oportunidade de elencar os outros tribunais que gozam deste *status*). São características especiais: a qualidade de tribunal supremo e a qualidade de corte

⁵⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.456. P.1591.

⁵⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Direito administrativo. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.481.

constitucional. Caminharemos por essas qualidades que individualizam melhor o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é a corte constitucional. Foi o constituinte originário que lhe atribuiu tal competência, conforme se depreende da leitura do art. 102, CFRB, quando se refere ao tribunal como responsável pela “a guarda da Constituição”.

Concretamente, a competência para guardar a Constituição se manifesta no exercício da jurisdição constitucional, seja através do controle de constitucionalidade ou dos remédios garantidores das liberdades e garantias individuais (habeas corpus, habeas data, ação popular, entre outros)⁵⁷. Em outros termos, cuida para que se cumpra o texto constitucional, afastando do ordenamento jurídico qualquer lei ou ato normativo que o ofenda direta ou indiretamente; através da ciência hermenêutica, retira dela — Constituição — o seu sentido, ou seja, a interpretação cabível de seus comandos, afastando as interpretações que não conservem a integridade do ordenamento constitucional; e protege o exercício de direitos e garantias fundamentais.

Assim, o guardião deve zelar para que a ordem constitucional seja cumprida. Obviamente que em um sistema harmônico tal tarefa não seria entregue a somente um Poder, mas compartilhada. Nessa esteira, também o Executivo e o Legislativo realizam controle de constitucionalidade, quando, por exemplo, o Presidente da República veta um projeto de lei pautado em inconstitucionalidade — o chamado veto jurídico — ou quando uma das casas do Congresso, por meio da Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, faz a análise prévia da constitucionalidade também de projetos de leis⁵⁸. Todavia, só o guardião pode realizar o controle de constitucionalidade, criando coisa julgada sobre o tema e, consequentemente, extirpando a norma do ordenamento jurídico.

Poderia surgir uma objeção a esta afirmação, no sentido de que caberia a todo

⁵⁷VELLOSO, Carlos. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional. Revista de Direito Administrativo. v. 192 – Rio de Janeiro, 1993, p. 17.

⁵⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.*, p. 1438.

o Poder Judiciário realizar controle repressivo, criando coisa julgada sobre o tema, não sendo competência exclusiva da Corte Constitucional, uma vez que é cediço que no Brasil existe o sistema de controle difuso de constitucionalidade em harmonia com o sistema de controle concentrado. Antes de confrontar tal afirmação, teremos de trabalhar rapidamente algumas classificações do controle de constitucionalidade.

O sistema de controle de constitucionalidade pode ser concentrado ou difuso. A grosso modo, em um sistema concentrado, o controle só cabe a um órgão — corte constitucional —, enquanto no sistema de controle difuso, outros órgãos do poder judicante tem a competência para realizá-lo⁵⁹. O Brasil adota um sistema misto, onde essas duas premissas são adaptadas de forma harmônica⁶⁰.

Em uma segunda classificação, o controle pode ser concreto ou abstrato. O controle concreto pressupõe que haja uma lide e que a inconstitucionalidade seja suscitada incidentalmente, sendo os efeitos da decisão *intra-parter*, ou seja, a lei é afastada somente no caso concreto⁶¹. Qualquer juízo pode realizá-lo, inclusive o STF, que o faz através do recurso extraordinário. Por sua vez, em oposição ao controle concreto, o controle abstrato de constitucionalidade é exercido sobre uma norma, sem que exista uma lide posta a apreciação da jurisdição, ou seja, não existem partes conflitantes, gerando efeitos *erga omnes*. Esta espécie só pode ser realizada pelo STF, revelando sua conjugação com o modelo de controle concentrado⁶². Desta espécie, podemos destacar a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) – ambas ações estabelecidas pela lei 9.868/99 – e a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – lei 9.882/99.

Retornando a objeção, apesar de não ser possível negar que qualquer juízo possa realizar controle difuso de constitucionalidade, desta espécie não resulta o efeito de extirpação da norma do ordenamento jurídico. Para explicarmos nossa

⁵⁹ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito constitucional - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 170-171.

⁶⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves *Op. cit.*, p. 1436.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Op. cit.*, p. 1205.

⁶² Os Tribunais de Justiça são legitimados para realizarem controle concentrado frente a ato normativo municipal e estadual, tendo por parâmetro as constituições estaduais, conforme preceitua o art. 125, §2º, CF/88. Todavia, somente o STF é competente para exercer essa modalidade de controle, tendo por parâmetro a Constituição Federal, em face de ato normativo federal e estadual.

afirmação e, conseqüentemente, vencermos o incômodo criado, precisamos entender a estrutura de uma sentença/acórdão. Esta espécie de decisão judicial se divide em três partes, a saber: relatório, fundamento de fato e de direito e dispositivo, como já foi explicado no tópico 1.1, deste trabalho. Um dos efeitos da sentença é produzir a chamada coisa julgada. Só a questão principal gera a coisa julgada⁶³. Logo, nos casos de controle difuso e concreto de constitucionalidade, em que um juízo qualquer enfrenta a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em um caso concreto, ele o faz na fundamentação, pois a inconstitucionalidade também só deve aparecer na causa de pedir da petição da parte, mas não nos pedidos⁶⁴.

Dessa forma, a parte utiliza a inconstitucionalidade apenas como um meio para se alcançar o pedido final (que não pode ser a inconstitucionalidade da norma em si). Assim, mesmo que acolha o fundamento da inconstitucionalidade da lei, o juízo jamais poderá declará-la como tal no dispositivo, criando coisa julgada sobre a inconstitucionalidade, pois isso seria usurpação da competência do Supremo, cabendo Reclamação Constitucional se assim o fizer. Por outro lado, se na peça da parte constar nos pedidos a declaração da inconstitucionalidade, o juízo deverá se declarar incompetente para tal. De tal forma, podemos reafirmar, afastando a objeção: só o guardião da Constituição declara a inconstitucionalidade de norma ou ato normativo, fazendo coisa julgada, com efeitos *erga omnes*.

Fitando, agora, a qualidade de Tribunal Supremo, cabe destacar a frase de Rui Barbosa, proclamada pelo ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação Penal 470 (vulgo processo do mensalão), que demonstra o que só cabe ao Tribunal Supremo:

Em todas as organizações, políticas ou judiciais, há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.⁶⁵

Tribunal supremo é aquele que serve como última instância recursal, não

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 1142-1144.

⁶⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.*, p. 1450.

⁶⁵ STF. 1 vídeo (duração de 2 h, 16m e 58s). STF Conclui Julgamento da AP 470 Após 53 Sessões Plenárias (1/1). Publicado pelo Canal STF, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=p8i6IIHFQP8>>. Acessado em 05 de jun 2020. O trecho começa em 1h, 07m e 40s.

cabendo recursos sobre suas decisões a outro órgão. É o direito de falar por último, em sede de jurisdição. O tribunal funciona como Corte Suprema em todas as suas competências: originária, recursal ordinária e recursal extraordinária⁶⁶.

A relevância dessa exposição para nosso estudo é determinar que o mandamento constitucional, previsto no art. 93, inciso IX, opera efeito direto sobre a corte e seus ministros. Afinal, o dispositivo constitucional determina que as decisões judiciais devam ser fundamentadas e não excetuou hipóteses mesmo para os tribunais superiores. Logo, sendo o Supremo órgão do Poder Judiciário, quando seus ministros decidem — por decisão singular ou colegiada, acórdão ou interlocutória — a eles se aplicam os mesmos deveres constitucionais relativos às decisões judiciais dos demais órgãos judicantes, não se operando nenhuma reserva. É salutar uma última observação: somente órgão do Poder Judiciário emite decisão judicial e, somente, quando no exercício de sua função típica de julgar. Assim, mesmo que órgãos ou entidades vinculadas aos outros poderes, ou ainda, quando um órgão do judiciário emite decisão que não seja no exercício da jurisdição, não é por força do art. 93, IX, CFRB, que deverão fundamentá-las e motivá-las, mas por dispositivo diverso, como pelos princípios que regem os atos da Administração Pública (art. 37, caput, CFRB).

Interessa-nos, ainda, raciocinar se, por ser corte constitucional e tribunal supremo, estaria o STF desobrigado a fundamentar suas decisões ou se, estando obrigado, haveria algum tipo de mitigação desse dever. Ora, cabe ao guardião da Constituição cuidar para que a carta cidadã seja respeitada, mantendo a ordem social sob o governo da Constituição em face do Estado e dos particulares. Mesmo os poderes da corte constitucional são dados pela carta constitucional. Assim a corte não pode criar para si competências ou reservas que não lhes tenham sido atribuídas pelo constituinte. Desta forma, se disse o constituinte originário que toda decisão judicial deve ser fundamentada, caso o Supremo pratique ato com conteúdo decisório, tem

⁶⁶ Para o aprofundamento nos tipos de competência exercidos pelo STF, ver VELLOSO, Carlos. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional. Revista de Direito Administrativo. v. 192 – Rio de Janeiro, 1993, p. 05-25. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45732/47284>>. Acessado em: 15 de out. 2020; e, também, FALCÃO Joaquim; CERDEIRA Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório Supremo em Números O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/I%20Relat%c3%b3rio%20Supremo%20em%20N%c3%bameros%20-%20O%20M%c3%baltiplo%20Supremo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acessado em: 15 de out. 2020.

este a obrigação de fundamentá-lo, sob pena de o guardião ferir a quem deveria proteger. Por ser a corte constitucional e suprema, se espera que, antes de todos os órgãos e entidades estatais, os ministros cumpram a Constituição da República.

Tendo apresentado o sujeito do nosso trabalho e refletido sobre o dever de fundamentação em face de suas particularidades como Corte Suprema e guardião da ordem constitucional, é preciso apresentar a funcionalidade interna do Supremo.

1.3. O Supremo por dentro: Turma x Pleno

A competência jurisdicional da Suprema Corte vem prevista no art. 102, ao longo dos incisos, alíneas e parágrafos, da nossa lei suprema. A composição da corte, por sua vez, é de onze Ministros, que são escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, CRFB). Esses ministros são indicados pelo Presidente da República e nomeados pelo mesmo, após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único) — esse procedimento de aprovação é conhecido popularmente como sabatina.

O Supremo Tribunal Federal, assim como outros tribunais superiores, tem mais de um tipo de órgão colegiado. Na Corte Suprema, existem as Turmas e o Plenário, sendo ambos órgãos integrantes da mesma.

O tribunal é composto por duas Turmas (chamadas órgão fracionários), cada qual com cinco ministros (art. 4, RISTF). O presidente de cada Turma será, em regra, o ministro mais antigo, cabendo exceções, conforme disposto pelos parágrafos do art. 4, RISTF. A competência para julgar está exposta nos art. 8 e 9, do citado regimento.

Por outro lado, o Plenário é o órgão colegiado por excelência, a quem cabe julgar as causas de maior repercussão, previstas do art. 5 ao 7, RISTF. O Plenário é composto pelos onze ministros, ou seja, os cinco ministros de cada Turma mais o presidente do Supremo Tribunal Federal — que será eleito pelo voto de, pelo menos, oito ministro do próprio Pleno (art. 12, §2º, RISTF).

Toda ação que chega a corte é distribuída a uma relatoria, por sorteio ou prevenção (art. 66, RISTF). O Relator será o ministro designado e deverá analisar as condições mínimas que a ação deve atender para que possa ser apreciada. Cabe esclarecer, ainda que rapidamente, o que é prevenção, nas palavras do doutrinador Humberto Teodoro Jr.:

O registro ou distribuição da petição inicial torna prevento o juízo, que, por isso, tem ampliada, por prevenção, sua competência para todas as ações interligadas que se lhe seguirem. Só se há, pois, de cogitar de prevenção quando mais de um juízo teria teoricamente competência para o feito. Prevento, assim, é aquele que, nas circunstâncias, prefere aos demais.⁶⁷

Depois de distribuída a ação, cabe ao Relator julgar monocraticamente a causa, caso ocorra alguma das hipóteses do art. 932, CPC. Antes da exposição do dispositivo, é preciso ressaltar que decisões monocráticas são exceção em nosso ordenamento, onde a regra é que decisões no âmbito de tribunais tenham natureza colegiada, ou seja, os tribunais em regra produzem acórdãos. A colegialidade visa, segundo entendimento de Henrique Guelber:

O que o julgamento por órgão colegiado pode propor aos recorrentes é um aumento da probabilidade de acerto. É o mesmo que alargar e solidificar a base sobre a qual se edifica uma construção qualquer. O recurso é o remédio utilizado pelo vencido na ânsia de se ver livre de uma sentença desafinada com sua própria justiça. Não há garantia de que seu ponto de vista prevalecerá ou não. O fato de alguém recorrer não pode conduzir ao raciocínio de que o recorrente tem mais razão do que o recorrido ou vice-versa. A decisão tomada de forma conjunta é imprescindível em um país de primeira instância monocrática. Não há razão para que os tribunais se componham de juízes monocráticos revisores, o que afrontaria nossa própria Constituição, fugindo de seu espírito.⁶⁸

As hipóteses de decisão monocráticas são:

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 45.

⁶⁸ DE MENDONÇA, Henrique Guelber. O Princípio da Colegialidade e o Papel do Relator no Processo Civil Brasileiro. Revista eletrônica de direito processual. 1ª Edição v. 1, n. 1 (2007) – Outubro/Dezembro[S.I], 2007, p. 210.

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;⁶⁹

Seguindo o curso procedimental, recebida uma ação pelo Relator e, não sendo caso de julgá-la monocraticamente, deve este levá-la ao colegiado. A partir de então, o prosseguimento se dá de forma que a ação siga para julgamento em um dos órgãos colegiados — Turma ou Pleno —, a depender da natureza da demanda, conforme previsão do art. 21, §3º, RISTF.

Entretanto, existem ações que naturalmente deveriam ser julgadas no âmbito das Turmas, mas que, atendidos alguns requisitos, podem ser encaminhadas para o enfrentamento pelo Plenário. É em torno dessa “eleição de foro” para julgamentos que trataremos ao decorrer dos demais capítulos, analisando mais pormenorizadamente os requisitos necessários, bem como os benefícios e os malefícios possíveis pelo o uso da regra.

⁶⁹ BRASIL. Legislação Informatizada. Lei nº 13.105, de 16 De Março De 2016 - Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em 07 de jan 2020.

CAPÍTULO 2- ANÁLISE DO JULGAMENTO DA PRELIMINAR SOBRE A AFETAÇÃO E CRÍTICA A TESE ASSUMIDA.

Afetação é o ato de deslocamento da ação de um juízo, inicialmente competente para apreciá-la, para outro que, por alguma hipótese legal prevista, passa a exercer competência sobre a mesma. Vale observar que só o juízo para o qual a ação foi afetada será competente, perdendo o juízo que a afetou tal qualidade. O juízo *ad quo* e o *ad quem* podem ser órgãos de tribunais distintos, como ocorre no caso da afetação dos casos paradigmas, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, onde:

O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.⁷⁰

Todavia, o fenômeno da afetação pode ocorrer no interior do mesmo tribunal, entre seus órgãos. A nós interessa esta hipótese. Inicialmente, despenderemos nossos esforços para apresentar a afetação das ações das Turmas para o Plenário do STF e, aplicando um recorte mais preciso, trataremos do fenômeno frente à ação de habeas corpus.

O Regimento Interno do Supremo prevê hipóteses diferentes para afetação que, para fins didáticos, podemos classificá-las da seguinte maneira: a) afetação quanto ao sujeito e b) afetação quanto ao objeto. Na afetação quanto ao sujeito, a diferença se dá em quem é o sujeito que pode utilizar o instituto, quais sejam: Turma (art. 11, RISTF) ou Relator (art. 21, IX e 22, RISTF). Na segunda classificação que propomos, a diferença reside no objeto, ou seja, na natureza da ação afetada: ação de habeas corpus (art. 21, IX, RISTF) ou ação de qualquer outra natureza (art. 11 e 22, RISTF).

Na leitura dos dispositivos, duas conclusões nos chamam a atenção: a primeira é o fato de que o Relator prepondera sobre as Turmas no poder de afetar uma ação —

⁷⁰ BRASIL. Legislação Informatizada. Lei nº 13.105, de 16 De Março De 2016 - Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em 07 de jan 2020.

as Turmas, basicamente, trabalham o instituto com a finalidade de revisão de jurisprudência, sendo as demais hipóteses permissíveis uma possibilidade condicionada a inércia do Relator — e a segunda é que o regimento trata de forma apartada a afetação da ação de habeas corpus, trazendo um dispositivo que cuida do tema em separado daquele que rege a afetação das demais ações.

O Ministro Édson Fachin, exercendo a relatoria da ação de habeas corpus 143.333/PR, em que foi conhecida uma questão preliminar de mérito que discutia a afetação realizada pelo mesmo, construiu a tese prevalecente — tese encampada de um de seus pares e não originalmente sua — de que a afetação de HC não prescindia de fundamentação por parte do Relator que lançasse mão do instituto.

A obrigatoriedade de fundamentação gira em torno de uma questão principal: a natureza jurídica do ato da afetação. Esse problema foi amplamente discutido no julgamento e duas teses distintas foram defendidas.

Neste capítulo analisaremos o julgamento e, conseqüentemente, as teses, expondo seus elementos centrais e construindo críticas que julgamos relevantes para a investigação da natureza jurídica do ato da afetação.

2.1 Contextualização da ação

Desde já é forçoso que destaquemos que, apesar de nosso caso central ser a ação de habeas corpus 143.333/PR, nosso tema se desenrola, principalmente, a partir do julgamento da questão preliminar, apreciada no âmbito do referido HC. Tal preliminar enfrentou a (des)necessidade de fundamentação do ato de afetação, mediante um poder discricionário atribuído ao Relator. Isto posto, é *mister* que nos furtemos de analisar o mérito da questão principal, nos valendo apenas de outras peças, que não o acórdão e os votos, quando tratem ou se refiram a questão preliminar que nos é pertinente.

Todavia, para que não incorramos na leviandade de analisarmos uma preliminar de mérito, sem sequer sabermos do mérito a que esta se antepõe, faremos

um leve apanhado da ação, tendo a liberdade de sintetizar o extenso relatório do acórdão.

O HC que será objeto do nosso estudo foi impetrado, junto ao Supremo Tribunal Federal, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu de outro HC (HC 387.557/PR)⁷¹, que, por sua vez, tinha como ato jurisdicional coator a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (HC 5045442-90.2016.4.04.0000/PR)⁷² que manteve a prisão preventiva do paciente do remédio, a saber Antônio Pallochi Filho, decretada no Pedido de Prisão Preventiva 5043559-60.2016.4.04.7000/PR. No âmbito do Supremo, duas teses centrais eram trazidas pelo impetrante: a possibilidade do manejo do HC em substituição de Recurso Ordinário e a ilegalidade da prisão preventiva, por falta dos requisitos legais.

Já no Supremo, o Relator, Ministro Édson Fachin, afetou a decisão ao Pleno do Tribunal, retirando a ação do âmbito de competência da 2ª Turma — órgão originalmente competente para apreciar a demanda —, por despacho, que lemos a seguir:

Na data de hoje indeferi o pedido de liminar, solicitei informações e determinei fosse colhido parecer do Ministério Público.

Desde já, nos termos do art. 21 do RISTF, submeto o julgamento do mérito do presente 'Habeas Corpus' à deliberação do Plenário (...) ⁷³

Inconformado com a afetação, o paciente interpôs agravo regimental que de pronto fora rejeitado pelo Relator, por falta de interesse processual e por impossibilidade da decisão ser enfrentada por recurso ⁷⁴. Dessa forma, a afetação

⁷¹ O teor do processo pode ser acompanhando em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 11 de mar. 2020.

⁷² O teor do processo pode ser acompanhando em: < https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=kSVK&hdmRefId=53e5d44cad3ec0f04a52fe8f806478f8&selForma=NU&txtValor=50454429020164040000&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em: 11 de mar. 2020.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho em Habeas Corpus n 143.333/PR. Rel.: Ministro Édson Fachin. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311737255&ext=.pdf>>. Acesso: 11 de mar. 2020.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. . Decisão Monocrática em Agravo Regimental no HC nº 143.333/PR. Rel.: Ministro Edson Fachin. 2017. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313164135&ext=.pdf>>. Acesso: 11 mar. 2020.

gerou seu efeito e a ação chegou a julgamento, no dia 11/04/2018, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

2.2 O julgamento da preliminar sobre a afetação, no bojo do HC 143.333/PR.

Destarte, apontamos que nosso trabalho de análise do citado julgamento é difícil, uma vez que o julgamento foi bastante confuso, não nos permitindo realizar uma análise linear do feito. Dado a isto, faremos algumas considerações iniciais para que, ao apresentar as teses sustentadas no debate, reste inteligível a discussão.

Como introduzimos ao longo deste trabalho, há ações que teriam foro natural nos órgãos fracionários, mas que, segundo norma do Regimento Interno do STF (RISTF), podem ser encaminhadas ao órgão Pleno.

Inicialmente, é preciso destacar que os tribunais têm competência para elaborar seus regimentos como forma de organizar a melhor prestação jurisdicional possível. Esse ato normativo tem autorização para dispor sobre a competência e o funcionamento dos órgãos que compõem o tribunal, sendo tal entendimento assentado em nossa Carta Magna, art. 96, I, a. Dispondo sobre os temas, as normas regimentais encontram uma limitação constitucional expressa: não ferir as normas de processo e as garantias processuais das partes.

Outro passo a ser dado é definir a natureza das normas do regimento interno do STF. No julgamento da ADI 1105, o ministro Paulo Brossard assevera quanto à natureza das normas regimentais:

Em outras palavras, como o Poder Legislativo, os tribunais têm competência legislativa; reduzida, sem dúvida, delgada ninguém o nega; circunscrita, é claro; mas, quando a exercem nos limites da Constituição, a norma por eles editada, sob a denominação de regimento, em nada é inferior a lei, e esta em nada lhe é superior. Andam em esferas distintas, que se não confundem. A do Poder Legislativo é ampla, a do Poder Judiciário, limitada; mas a amplitude de uma e a modéstia de outra nada significam quanto a competência legislativa e a substância da norma editada em si mesma; a despeito das

diferenças formais, ambas as duas normais são leis e juridicamente se equivalem⁷⁵.

Assim sendo, o regimento tem fundamento em norma constitucional e tem força de lei e não de ato normativo infralegal.

Partindo para as normas do RISTF em si, o art. 22 dá ao Relator o poder de alteração do órgão ao qual naturalmente se dirigia a demanda. Vejamos:

Art. 22 O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.
Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:
a) quando houver matérias em que divirjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário;
b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.⁷⁶

Perceba que o caput do artigo traz uma norma impositiva, enquanto o parágrafo único e suas alíneas parecem apresentar uma faculdade. Outra observação a ser feita é que a discricionariedade apresentada pelas alíneas “a” e “b”, depende da ocorrência das hipóteses discriminadas, respectivamente: a existência de divergência entre as Turmas ou entre uma Turma e o Plenário sobre determinada matéria; a ocorrência de questão jurídica de alta relevância; ou, ainda, a necessidade de prevenir possível divergência entre as Turmas. Ocorrendo uma dessas hipóteses, o Relator se encontra sob o comando do art. 22.

Uma zona mais cinzenta surge quando se trata de julgamento de HC pela Corte. A regra trazida pelo art. 6º, I, “a”, é que o remédio constitucional tenha o foro de julgamento no Plenário, quando for coator ou paciente alta autoridade, conforme se depreende da leitura a seguir:

Presidente da República, a Câmara, o Senado, o próprio Tribunal ou qualquer de seus Ministros, o Conselho Nacional da Magistratura, o Procurador-Geral da República, ou quando a coação provier do Tribunal Superior Eleitoral, ou, nos casos do art. 129, § 2º, da Constituição, do

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 1105 – DF. Rel.: Ministro Paulo Brossard. Plenário. Acórdão/Voto. 1994, p. 221 Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346827>>. Acesso: 18 jun. 2020.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018, p. 38. Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso: 18 jun. 2020.

Superior Tribunal Militar, bem assim quando se relacionar com extradição requisitada por Estado estrangeiro.⁷⁷

Logo, a competência originária do Pleno, quando a ação for um HC, é definida pela função que exerce o sujeito coator ou paciente (requisito subjetivo). Somente nesses casos o HC deve, em regra, ser apreciado diretamente pelo Pleno. Todavia, a competência do colegiado é expandida pelo art. 6, II, “c”, do mesmo regimento, onde a hipótese é de alta densidade normativa, ou seja, o dispositivo é abstrato, requerendo um árduo exercício hermenêutico para se delimitar sua aplicabilidade. Neste dispositivo, é dada competência para o Plenário julgar HC afetado pelo Relator⁷⁸ (que originalmente era de competência das Turmas).

A outra face do art. 6, II, “c” é o disposto no art. 21, XI, RISTF. Neste comando, é dado ao Relator o poder de remeter o HC para o Plenário⁷⁹, enquanto naquele — art. 6, II, “c” — se aponta a competência do Pleno para julgar o remédio constitucional levado pelo Relator. São comandos complementares, abordando a perspectiva tanto do Plenário (competência para julgar) quanto do Relator (poder de remeter o remédio constitucional).

Não há dúvidas sobre o poder do Relator de afetar HC, tampouco da competência do Pleno para julgar os HCs, dada à clareza dos dispositivos. O ponto nevrálgico desse tema é delimitar a discricionariedade do poder do Relator, a partir da existência ou não do dever de fundamentação do ato de afetação de HC, baseado no art. 21, IX, RISTF.

Essa discussão foi levantada no julgamento do HC 143.333/PR, que tinha por paciente Antônio Palocci Filho. O advogado da parte apresentou preliminar de mérito, alegando que a competência originária para o julgamento da demanda era da 2ª Turma, tendo esta sido afetada indevidamente ao Pleno pelo Relator, ministro Édson Fachin, através de despacho, carente de fundamentação. Assim, a então presidente da corte, ministra Carmem Lúcia, abriu questão de ordem para a votação da preliminar,

⁷⁷ *Ibidem*, p.20.

⁷⁸ “Art. 6º Também compete ao Plenário: II – julgar: c) os habeas corpus remetidos ao seu julgamento pelo Relator;”, *Ibidem*, p.21

⁷⁹ “Art. 21. São atribuições do Relator: XI – remeter habeas corpus ou recurso de habeas corpus ao julgamento do Plenário;”. *Ibidem*, p.33

para só depois adentrar ao mérito.

O ministro Édson Fachin enfrentou a preliminar em seu voto, fundamentando a competência do juízo Pleno para apreciar a demanda, segundo a existência de divergência de entendimento entre as Turmas em dado aspecto do caso concreto. Aqui fica claro que o ministro se baseava, até então, na hipótese do art. 22, parágrafo único, “a”, do RISTF⁸⁰. Esse comportamento deixa claro que o ministro não entendia pela distinção objetiva entre as hipóteses de afetação⁸¹, de maneira que utilizou o dispositivo voltado para as ações em geral, em vez de se valer daquele que trata particularmente da remessa de HC.

Dessa forma, ele fundamentou a afetação realizada e expôs a divergência existente. Essa seria a preliminar posta em votação: a existência ou não da divergência apta a fundamentar a afetação. Todavia, o ministro Dias Tóffoli, em um aparte, sugeriu que o Relator tinha ido além do exigido, uma vez que sequer precisaria fundamentar o ato de afetar o HC ao Pleno, com base na disposição trazida pelo art. 21, XI, RISTF. O Relator acampou a tese do Ministro e assim a preliminar que foi levada a votação foi no sentido de pacificar entendimento sobre o poder discricionário que teria o Relator para levar um HC ao Pleno, sendo desnecessário fundamentar seus motivos, baseado no já dito art. 21, XI, RISTF.

Destarte, apontamos que a tese trazida pelo ministro Dias Tóffoli e acampada pelo Relator sagrou-se majoritária, assumindo forma na parte inicial do acórdão que não nos escusamos em transcrever:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por maioria e nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, entendeu possível a remessa de habeas corpus ao Plenário, pelo Relator,

⁸⁰ Diz o dispositivo já transcrito neste trabalho: “O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário”;

⁸¹ Como já exposto, essa distinção se baseia no tratamento diferenciado que o RISTF dispensou para o HC, de forma que existe dispositivo em separado para tratar do remédio constitucional, restando assim uma exceção quanto à regra que regem as ações de qualquer outra natureza.

com fundamento no art. 21, inc. XI, do RISTF, de forma discricionária.⁸²

Logo, a tese vencedora foi seguida pelos seguintes ministros: Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Roberto Barroso, Dias Tóffoli, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Melo e pela, até então presidente, Carmem Lúcia.

O argumento inaugural que fundamentou tal entendimento (trazido primeiramente pelo Ministro Dias Tóffoli e acolhido pelo voto relator) se tornou o principal. Tanto é assim que o mesmo perpassou todos os votos daqueles que compuseram a maioria. O argumento defendia que, enquanto o art. 22, RISTF, trata da afetação das ações em geral, sendo necessário que o caso concreto se encaixe nas hipóteses do dispositivo, o art. 21, XI, ao tratar especificamente do HC, não trouxe hipóteses necessárias, sendo discricionário ao Relator afetar o HC ao Pleno, afastando a necessidade de fundamentação. De tal forma, haveria norma geral (art. 22, RISTF) e norma específica para o HC (art. 21, XI, RISRF), sendo cediço que é sustentado pela teoria geral do direito que, em caso de conflito, prevalece à norma especial sobre a geral⁸³. No mesmo sentido, asseverou o Ministro Alexandre de Moraes:

A regra geral, seguindo quase o mesmo padrão da regra que vale para a Turma, mas, mesmo assim, sendo um pouco mais elástica, é a do art. 22 e, nesse caso, para que o Relator possa afetar qualquer julgamento, deve apontar uma das causas da alínea "a" ou "b", podendo, inclusive, como salientou o Ministro Luiz Fux, apontar a relevância da questão jurídica, para qualquer causa. Só que o próprio Regimento Interno excepcionou a questão do habeas corpus porque, nos incisos do art. 21, a única possibilidade de afetação sem motivação direta feita pelo Relator ao Plenário é o habeas corpus. Não há nenhuma outra previsão.⁸⁴

Outro importante argumento que compôs a tese vencedora caminhou por classificar a natureza do ato de afetação. O voto da relatoria concluiu pela natureza de ato de mero expediente⁸⁵. Em outras palavras, isso quer dizer que a afetação do HC se trata de um despacho.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.333/PR. Rel.: Ministro Edson Fachin. Plenário. Acórdão. 2018. p. 04. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339756909&ext=.pdf>>. Acesso 16 de mar. 2020.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143.333/PR. Rel.: Ministro Édson Fachin. Plenário. Inteiro teor do Acórdão. 2018, p. 57. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339756909&ext=.pdf>>. Acesso: 16 de mar. 2020. P.55-57

⁸⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 22.

Ainda, a corrente majoritária concebeu entendimento de que os regimentos internos dos tribunais, elaborados segundo permissivo constitucional, se prestam a garantir a autonomia do Poder Judiciário frente aos demais Poderes. Logo, é lícito que a Suprema Corte organize sua divisão interna e formas de prestação do serviço jurisdicional, sem que, todavia, ofenda aos ditames constitucionais. A partir daí, se expôs a ideia de que a Constituição não traz nenhum óbice ou proibição de que o Plenário aprecie qualquer questão que seja de competência do STF, mas, pelo contrário, reserva algumas matérias que só esse órgão poderá apreciar (como, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade, prevista no art. 97, CRFB). Assim, qualquer matéria, inclusive um HC, ainda que, segundo o RISTF, sua apreciação seja de competência originária das Turmas, não estaria fora da competência do Pleno. Podemos enxergar essa ideia de soberania do Plenário na crítica construída pelo ministro Luís Roberto Barroso:

Então, Presidente, é até curiosa, em um Tribunal que tem um grau tão elevado de monocratização como tem o nosso, essa insatisfação, a discussão com o trazimento ao Plenário das questões, quando, idealmente, o Plenário é que deveria decidir tudo. Só não é assim porque ficaria disfuncional.⁸⁶

A divergência foi aberta pelo Ministro Lewandowski, que sustentou sua posição de forma hercúlea, tanto no voto como em diversos apartes, sendo acompanhado pelo ministro Marco Aurélio.

A contra-tese asseverou que a interpretação que entendeu pela desnecessidade de fundamentação do ato de afetação do HC seria inconstitucional em vista da previsão do art. 93, IX, CFRB, que exige fundamentação para toda decisão judicial. Sustentou tal tese que é dever de qualquer juiz fundamentar suas decisões como forma de prestar contas aos jurisdicionados, uma vez que o tribunal também se encontra no âmbito da administração pública. Vale a transcrição deste trecho do voto do Ministro Lewandowski:

Eu ousaria dizer que uma interpretação tão ampla como foi dada, data venia, pelo Ministro Toffoli, no sentido de que o art. 21, XI, do nosso Regimento Interno permite que o Relator encaminhe ao Plenário um habeas corpus sem qualquer motivação, eu diria, com o devido respeito, que uma interpretação

⁸⁶ *Ibidem*, p. 63.

tão elástica assim é inconstitucional, à luz do que prescreve o art. 93, IX, da nossa Lei Maior, o qual estabelece que todos os julgamentos - e aí julgamento no sentido amplo da palavra - todas as decisões têm de ser necessariamente motivadas. Então, eu proporia uma interpretação conforme, que, sim, pode o Relator, no caso dos habeas, até agindo dentro de um âmbito um pouco mais elástico, afetá-lo ao Plenário, mas esta afetação precisa ser motivada, porque não há nenhuma decisão imotivada no Judiciário brasileiro.⁸⁷

A corrente superada também defendeu, no voto do Ministro Marco Aurélio, que a necessidade de fundamentação do ato de afetação depreende-se da interpretação sistemática do art. 22 e 21, XI, RISTF. Sustentou que o art. 21, XI deve ser lido a luz do art. 22, de forma que a afetação de HC também só seria possível se fundamentada nas hipóteses trazidas pelo art. 22, funcionando de igual forma para todos os feitos, independente da natureza da ação⁸⁸. Esse argumento se contrapõe diretamente com a diferenciação entre normas geral e norma especial, acampado pelo voto da relatoria. Na visão do Ministro Marco Aurélio, as normas tem a mesma natureza (ambas normas gerais), bastando o uso da hermenêutica jurídica e invocando o princípio da interpretação sistemática que, nas palavras de Daniel Sarmiento, “preconiza que cada norma jurídica deve ser interpretada com consideração de todas as demais, e não de forma isolada.”⁸⁹

Outrossim, enxergou o Ministro Ricardo Lewandowski, que a interpretação majoritária assumida viola o princípio do juiz natural, segundo se lê:

E ainda há outro argumento: Senhora Presidente, nós estamos aqui realmente afrontando o princípio do juiz natural, que é um dos princípios universais mais importantes de proteção aos direitos fundamentais. Não é possível retirarmos do juiz natural - que, no caso, é a Segunda Turma - e afetarmos o feito ao Pleno, sem qualquer motivação, não vou nem dizer idônea, mas uma motivação mais verticalizada.⁹⁰

Na mesma esteira, o ministro aponta mais um princípio que entende por violado, qual seja o da legítima confiança:

Ainda que assim não fosse, Senhora Presidente, penso que estaríamos

⁸⁷ *Ibidem*, p.62

⁸⁸ *Ibidem*, p. 78

⁸⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos De Trabalho. 2.ed.1. reimp. Belo Horizonte. Fórum, 2016, p. 419

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143.333/PR. Inteiro teor do Acórdão. *Op. cit.*, p.62.

afrontando o princípio da legítima confiança, porque, o paciente que iria ser julgado pela Turma, segundo a jurisprudência da Turma, e com o julgamento já iniciado, na verdade, fica frustrado quando, ex abrupto, o relator, sem motivação, encaminha o feito ao Plenário.⁹¹

Colidindo com a tese derrotada, sagrou-se vitoriosa a visão que não se trata de inconstitucionalidade, baseada no art. 93, IX, CRFB, uma vez que o dispositivo aponta a necessidade de fundamentação de atos decisórios e não de meros despachos. Apontou-se a natureza de despacho do ato, fundada no art. 305, RISTF, que inadmite recursos contra a afetação⁹². Ora, se não se admite recurso é porque o ato não tem conteúdo decisório, mas mera tramitação interna; assim foi defendido.

Contra o argumento que punha a afetação desfundamentada e livre de hipóteses como violação do princípio do juiz natural, a tese vencedora sustentou que o juiz natural daquelas causas é o Supremo Tribunal Federal. Assim, o STF é indivisível e uno, não ferindo o referido princípio o deslocamento da causa de um colegiado para o outro, pois, sendo órgãos, ambos compõem a corte e dela não se afastam. Nas palavras do ministro Tóffoli:

(...) não há de se falar aqui em juiz não natural. Estamos no âmbito do Supremo, seja em decisão individual, seja em decisão de Turma, seja em decisão plenária.

O princípio do juízo natural é para evitar um tribunal de exceção; nem decisão monocrática de Ministro do Supremo, nem decisão de Turma, nem decisão de Plenário configuram decisão de exceção ou implicam haver tribunal de exceção.⁹³

Esses foram os principais argumentos de ambas as correntes. Contudo, alguns argumentos *obiter dicta* merecem menção. Um deles foi trazido pelo ministro Barroso que, fundado no art. 21, I, RISTF, extraiu o poder regimental do Relator de dirigir o processo e, sendo assim, achando mais adequado levar a matéria ao Pleno, o faz sem exceder seus poderes. Logo, a afetação poderia se basear no caput do art. 21, I, e não necessariamente no inciso XI do dispositivo⁹⁴. Aqui se percebe que o Ministro foi além do que se estava em pauta, pois, baseado nesta interpretação, não só os HCs ou recursos destes poderiam ser afetados sem fundamentação, mas qualquer ação.

⁹¹ *Ibidem*, p.70

⁹² *Ibidem*. p .22

⁹³ *Ibidem*, p. 68.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 63

Tanto parecia ter a intenção de alargar o entendimento até então adotado que o ministro trouxe mais uma fundamentação para o poder discricionário do Relator quando ressaltou que o art. 22 — a regra geral de afetações — ao permitir que o Relator afete o feito por “relevante questão jurídica”, dá a ele o poder de ser o árbitro dessa relevância, ou seja, seria discricionário o poder de afetar, sendo desnecessária a fundamentação.⁹⁵

Por fim, cabe destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes. Na confusão de todo o julgamento, este voto chama a atenção. O ministro critica que se esteja discutindo a competência do Plenário, quando o Plenário já está reunido para julgar. A partir desta crítica, o voto se verteu em um imbróglio:

A mim me parece que é dada, sim, ao Relator essa possibilidade, mas tem que haver alguma justificativa. Já está no Plenário, vamos prosseguir nesse sentido. Acompanho, portanto, o Relator fazendo essa ressalva. É preciso que haja um mínimo de justificção, até como um princípio de lealdade à própria Turma, e que não seja nunca um movimento de caráter dilatório ou protelatório, isso não pode ser.⁹⁶

Perceba que, ao ressaltar que deva haver alguma justificativa — mesmo que não tenha dado sentido claro à expressão —, o ministro diverge da posição majoritária que defendia que não era necessária nenhuma justificativa. Entretanto, ele encerra o voto dizendo que acompanha a corrente vencedora por uma questão prática, pois se a ação já está a no Pleno, deve ser julgada no Pleno. Porém, o ministro não considerara que aquela decisão da preliminar não abarcava só o caso concreto, mas buscava assentar entendimento para aplicação nos futuros casos. Assim, o voto do ministro somou-se ao da tese majoritária, uma vez que no acórdão só restam vencido o Ministro Lewandowski e o Ministro Marco Aurélio.

Dessa forma, assentou a Corte Suprema entendimento no sentido de que o Relator tem poder discricionário de remeter HC de competência originária dos órgãos fracionários para o Pleno, afastando o dever de fundamentação para o caso, com base no art. 21, XI, RISTF.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 64

⁹⁶ *Ibidem*, p. 73

2.2.1 Crítica à condução do julgamento da preliminar do HC 143.333/PR

Falhou a então presidente do Supremo ao presidir o julgamento da preliminar de mérito do HC 143.333/PR, no tocante a organização e clareza dos atos. Explicamos. Ao afetar o feito, o Relator o fez sem fundamentá-lo, porém, quando o ato foi enfrentado por agravo regimental, na decisão que inadmitiu o então recurso, o Relator expôs a fundamentação que o levou a afetar o remédio. O fundamento era a divergência entre as Turmas sobre a possibilidade de se impetrar HC como substitutivo de Recurso Ordinário (vale ressaltar novamente o fato de o Relator ter afetado o HC com base em uma hipótese que seria voltada para a regra geral). Todavia, não recebeu o recurso, pois entendia o ato como de mero expediente.

No interstício de tempo entre a decisão que inadmitiu o Agravo Regimental e o julgamento do HC pelo Pleno, este último se manifestou, em outra ação, pacificando entendimento sobre a divergência que se apoiara o Relator para afetar o HC. De tal modo, já no Pleno, restou obrigado o Relator a reconhecer a superação da preliminar que motivou a afetação. Todavia, o ministro trouxe outro tema divergente entre as Turmas para sustentar a permanência do HC para julgamento pelo Pleno, ou, em outras palavras, para motivar a afetação realizada. Perceba que este fundamento foi apresentado *a posteriori* ao ato. A nova divergência se referia a prejudicialidade do HC que tenha como ato coator título executivo penal, substituído por outro antes de analisado judicialmente. Uma Turma entendia que o remédio ficava prejudicado e a outra que não.

Em síntese: o Relator fundamentou o ato por uma divergência existente entre as Turmas, mas, chegando ao julgamento no Plenário, entendeu que essa divergência já não era legítima para justificar a afetação, porém trouxe uma nova divergência no seu voto.

Assumidas essas premissas, a Presidente achou por bem destacar a preliminar para votação antes de adentrar ao mérito da questão principal. A preliminar era a seguinte: se a divergência apontada pelo ministro era legítima, a fim de comprovar a regularidade da afetação e, ato seguinte, a legitimidade do Pleno para apreciar o feito. Se fosse entendida como legítima, o julgamento prosseguiria no Plenário, mas, se o

entendimento fosse contrário, o remédio seria devolvido ao Relator, que deveria levá-lo a Turma originalmente competente. Acontece que, a partir do aparte do Ministro Dias Tóffoli — que se tornou uma antecipação do seu voto —, trazendo a tese de que o Relator, ao apontar a divergência existente, ia além do necessário, pois entendia que o Regimento Interno não obrigava a fundamentação no caso de afetação de HC, a Presidente converteu a preliminar para esta tese, assumida pelo Relator. Ora, a nova preliminar, então, levada a julgamento tratava sobre a remessa discricionária do HC de competência originária das Turmas para o Pleno, sem qualquer fundamento, baseada no art. 21, XI, RISTF.

A crítica à falta de clareza é tão consistente que, ao votar, o Ministro Marco Aurélio sequer tinha entendido o que fora posto para votação. Somado a isso, não contribuíram para a limpidez do ato os diversos apartes, antecipações de votos e observações jocosas durante os votos.

2.2.2 Uma chave de leitura para o julgamento da preliminar do HC 143.333/PR

De um julgamento tão embaraçado, nasceu um acórdão que, na parte que nos toca, parece dizer menos do que pretendia. Como já explicitado neste trabalho, o acórdão asseverou que, de forma discricionária, pode o Relator afetar um HC, com base no art. 21, XI, RISTF. Nossa investigação se inicia exatamente em desvendar o termo “discricionário” que, já adiantamos, é um termo controvertido no universo do direito.

Ronald Dworkin, em sua obra “Levando o Direito a Sério”, já percebendo a cacofonia que se instalava no mundo jurídico de sua época em torno do instituto, destacou três significados usuais a ele aplicados⁹⁷. Por bem, organizou-os em dois grupos: discricionariedade em sentido fraco e discricionariedade em sentido forte. Para o autor, a discricionariedade em sentido fraco se apresenta quando uma norma dá um comando a um agente público, direcionando-o e abrindo uma margem de julgamento para a execução do seu comando (o comando existe, mas a execução não se dá de forma automática, sendo o agente indispensável para sua determinação).

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002 – (Justiça e direito), p. 50-63; 108-113.

Ainda cuidando do sentido fraco, ele expõe que se costuma chamar de discricionário o ato que não é passível de revisão, ou seja, um ato praticado por uma autoridade suprema naquele assunto. Finalmente, aplicada em sentido forte, a discricionariedade se manifesta quando uma autoridade tem de agir, mas não há nenhuma norma com comando claro que o direcione, nenhum padrão que o condicione a decidir de determinada maneira.

Aplicando este pensamento às decisões judiciais, poderíamos exemplificá-las do seguinte modo: a) Quando uma norma estabelece padrões para que o juiz reconheça um direito ou uma violação, governando-o, estamos diante do primeiro significado de discricionariedade em sentido fraco⁹⁸; b) quando uma decisão judicial não é passível de ser atacada por qualquer tipo de recurso, seria o caso da discricionariedade em sentido fraco, em seu segundo significado; c) quando um juiz é instado a decidir sobre um caso em que não há norma jurídica para que se realize a subsunção com o caso concreto, tendo de decidir por outros parâmetros, não havendo um dever de decidir de determinada maneira objetiva; ocorrer à discricionariedade em sentido forte.

É preciso frisar que quando Dworkin trouxe essa classificação sua intenção era atacar a doutrina da discricionariedade positivista (a discricionariedade em sentido forte), introduzindo os princípios como normas jurídicas, de forma que os juízes, diante de casos difíceis, não estariam “livres” para decidirem, mas estariam orientados por estes a determinadas possibilidades de decisões⁹⁹. Na sua leitura, então, há uma ressignificação do sentido forte.

Nota-se que não se trata de reconhecer os princípios como normas, mas de reconhecê-los como normas jurídicas diferente das regras (que não se pode obter pela regra de reconhecimento positivista)¹⁰⁰. Na visão dworkiana, norma jurídica é gênero,

⁹⁸ Podemos tomar, por exemplo, o art. 186, do Código Civil, que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Desse modo, para que o juiz reconheça um ato ilícito, ele precisa aplicar os padrões determinados pelo comando legal, todavia, necessitando de sua participação para julgar se o ato praticado se enquadra nas hipóteses. BRASIL. Legislação Informatizada. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acessado em: 15 out. 2020.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 53.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 113-125.

enquanto regras e princípios são suas espécies; diferente da visão positivista que só reconhece o princípio enquanto uma regra, não existindo duas espécies de normas. Por isso é plausível a ressalva “É verdade que não existe qualquer incompatibilidade conceitual entre o positivismo e o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, desde que devidamente positivados”¹⁰¹. Shecaira destaca a ideia de princípio para Dworkin da seguinte forma:

Por influência de autores como Ronald Dworkin, é comum que hoje se entenda por princípio o tipo de norma jurídica que faz parte do direito pátrio, mas que não aparece explicitamente na lei ou na jurisprudência. Dworkin tomava o princípio como uma espécie de norma implícita no direito positivo. É plausível associar o princípio dworkiano ao *telos* objetivo de uma norma, ou de um conjunto de normas, do direito positivo. Trata-se não dos fins (subjetivos) que o criador da norma tinha em mente, mas dos fins que o intérprete considera subjetivamente mais razoável atribuir a norma. Se a norma é compatível com mais de um fim, escolhe-se aquele que seja substantivamente mais razoável atribuir a norma (...). O juiz, analogamente, deve interpretar a lei e as outras fontes do direito à luz dos princípios que lhe pareçam moralmente mais atraentes, tentando, é claro, apresentar o conjunto das fontes como um todo harmonioso e coerente.¹⁰²

Cuidando para não nos perdermos nessa celeuma entre positivistas e pós-positivistas, nos valeremos apenas dos conceitos dados por Dworkin, ressaltando que adotamos o conceito de discricionariedade forte dado pelo autor e não aquele apontado como de entendimento positivista. Nossa escolha se justifica uma vez que a) no direito doméstico, Dworkin parece ter apoio da maioria da doutrina e jurisprudência, sendo amplamente aceito a natureza normativa dos princípios¹⁰³ e b) como afirmamos ao longo deste trabalho, a opção do constituinte pelo modelo de Estado Democrático de Direito impõe a limitação de poderes arbitrários, não sendo legítima uma decisão judicial pautada no subjetivismo do julgador, mas tendo de se ater ao direito, o que afasta a ideia positivista de discricionariedade.

Veja que na visão pós-positivista não existe uma legitimação ao julgador para decidir livremente conforme sua subjetividade, mas, ainda que haja uma parcela de discricionariedade em um ato, sempre haverá também outra parcela de vinculação (seja a regras ou a princípios) Outra observação a ser considerada é que existe uma distinção de grau entre os conceitos que trouxemos, de maneira que o primeiro

¹⁰¹ NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos De Trabalho. 2.ed.1. reimp. Belo Horizonte. Fórum, 2016, p. 379.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 106-107.

¹⁰³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, *Op. cit.*, p. 380.

conceito de discricionariedade fraca exhibe, como o nome já diz, um grau fraco de liberdade, enquanto nos casos difíceis (discricionariedade em sentido forte), existe um grau mais elevado; porém, enfatizamos, sempre limitado.

Logo, é impossível pensar em discricionariedade fraca ou forte sem fundamentação – neste último caso, talvez até mais robusta do que aquelas necessárias às decisões prolatadas sob maior grau de vinculação (sentido fraco), que muitas vezes se resolvem com uma boa subsunção. No mesmo sentido, afirma Barbosa Moreira:

Vale acentuar que a necessidade da motivação se torna mais premente na medida em que se reconhece o papel desempenhado, no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados, como os de "bons costumes", "exercício regular de direito", "interesse público" e outros análogos; e que as hipóteses de discricção concedida pelo ordenamento ao órgão judicial marcam justamente os pontos mais sensíveis do problema: ao contrário do que pareceria à primeira vista, **a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricção para cair no arbítrio (grifo nosso).**¹⁰⁴

Voltando a decisão do Pleno, frente ao acórdão se abrem duas possibilidades: por força da redação do acórdão só apontar que a afetação é uma discricionariedade do Relator, temos que a dispensa da fundamentação decorre do instituto; ou a discricionariedade não traria tal efeito em si, restando implícito na decisão o motivo para o afastamento do dever de fundamentação.

Julgamos acertada a segunda possibilidade. Assumimos a leitura que a corte, ao aplicar o termo discricionário, referia-se tão somente ao fato do ato ser irrecorrível (sentido fraco) e de que o Relator tem uma margem grande de liberdade para remeter o HC para o Plenário ou o mantê-lo na Turma, sendo discricionário o motivo para tanto, pois a norma não o limita (sentido forte).

O que estamos a afirmar é que o Relator, tanto para manter quanto para remeter o remédio, se encontra no âmbito de liberdade, consentido pelo art. 21, XI,

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. Revista da Faculdade de Direito UFPR. (impresso – até 2013). [S.l.], p. 286.

RISTF, de forma que não existem hipóteses que o vincule a praticar o ato ou hipóteses de necessária ocorrência para que lhe seja concedido o poder de praticá-lo. Foi a maneira encontrada para distinguir o art. 21, XI do art. 22, libertando aquele das hipóteses trazidas por este. Como o dispositivo só diz que o HC pode ser afetado, entendeu a corrente prevalecente que a discricionariedade dá ao agente a liberdade de eleger qualquer motivo que lhe seja conveniente e que o ato não é passível de ser atacado por recurso.

Contudo, quando a redação do acórdão se limita a expor que a afetação é discricionária, isso pode levar alguns ao entendimento de que a desnecessidade de fundamentar decorre diretamente do instituto da discricionariedade. Pela leitura universal da ação, não nos parece que os ministros tenham entendido deste modo, mas, sim, que o texto do acórdão disse menos do que se propunha.

A chave para vencermos este imbróglio depende apenas que nos recordemos dos elementos que constituem as decisões judiciais. São eles, conforme já abordado: relatório, fundamentação e dispositivo. Ora, a fundamentação é, *a priori*, elemento constitutivo dos atos judiciais, independente se este é exercido dentro de uma margem mais ou menos discricionária.

Assim, o dever de fundamentação participa da essência do ato judicial – dos decisórios – e precede a qualquer discussão sobre discricionariedade. Então, é preciso fundamentar uma decisão judicial pela simples natureza do ato, mas essa fundamentação precisa necessariamente enfrentar os graus de discricionariedade da decisão, quando houver.

De tal modo, afastamos a hipótese de leitura do acórdão de que a discricionariedade retiraria a necessidade de fundamentação, pois a) fundamentação é elemento constitutivo das decisões judiciais (sem isto o ato será nulo) e b) o referido instituto não traz consigo o efeito de afastar o dever de fundamentação, mas, ao contrário, age como potencializador.

Só resta uma saída interpretativa: a afetação não pode prescindir de fundamentação para sua constituição. Logo, na seara dos atos judiciais, o ato que foge

a essa regra é o despacho, pois não tem conteúdo decisório por ser um ato meramente ordinatório. Esta é a leitura correta do acórdão, ou seja, a desnecessidade de fundamentação não se retira da discricionariedade dada ao Relator para afetar ou não o HC, mas da natureza de despacho do ato de afetação em si. Por isso o texto do acórdão merece críticas, pois só destaca a qualidade discricionária do ato, quando, na verdade, o centro da decisão preliminar foi à desnecessidade de fundamentação, conforme a tese encampada pelo Relator.

O que parece é que os ministros associaram o instituto da discricionariedade com a natureza de despacho, como se só na execução de despachos é que houvesse possibilidade de margem discricionária. Isso é uma atecnicidade, uma vez que existe vasta discussão e amplo entendimento de que, mesmo em atos decisórios, pode existir poder discricionário, como demonstramos com os conceitos dworkianos. Cabe a nós demonstrarmos que essa é a chave de leitura mais adequada a se aplicar a decisão, ou seja, demonstrarmos que o tribunal entende o ato como despacho e que usou o termo “discricionário” ou “discricionariedade” para se referir não só a certa margem de liberdade que o Relator teria e sua qualidade de irrecorrível, mas, também, para definir a sua natureza como despacho – realizando uma associação errônea, como já expusemos.

Bem, não é tarefa difícil provar que o colegiado entendeu a afetação como ato de mero expediente e não uma decisão. Primeiramente, o próprio voto relator – de forma tímida e acanhada – atribui natureza de despacho ao ato de afetação¹⁰⁵. Ademais, a afetação, no processo discutido, foi realizada por meio de despacho (que anteriormente transcrevemos) e isso não foi objeto de resistência pelo Pleno. Ora, ainda que ficasse entendido ser possível a afetação nos termos que ela foi praticada, mas que a forma não poderia ser por despacho, deveria o ato ser anulado e reeditado da forma adequada. Fica claro o entendimento da tese vencedora de que a afetação é mero impulso processual e só daí é que se pode depreender a ideia de que não é necessário que a fundamente.

Agora, já no atinente a associação entre despacho e discricionariedade,

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 143.333/PR. Inteiro teor do Acórdão. *Op. cit.*, p.22.

comparemos dois trechos dos votos, um do ministro Édson Fachin e outro do Ministro Barroso. Diz o Relator: “Calha acrescentar que o RISTF reconhece tal proceder como ato de mero expediente, tanto que não desafia impugnação recursal (art. 305, RISTF)”¹⁰⁶. Por sua vez, após o ministro Dias Tóffoli fazer a leitura do mesmo art. 305, RISTF, em outro momento do julgamento, exclamou o Ministro Barroso: “Não há prova maior de discricionariedade do que a irrecurribilidade”¹⁰⁷. Notemos que o Relator usa a irrecurribilidade como fundamento para apontar a natureza de despacho do ato, enquanto o ministro Roberto Barroso utiliza o mesmo fundamento para afirmar a discricionariedade do ato.

Se antes demonstramos que a afetação é entendida como despacho, aqui, com a comparação destes dois trechos, tentamos demonstrar como o instituto da discricionariedade foi ligado de forma atécnica à ideia de despacho. Quando o segundo trecho diz que a prova maior de discricionariedade é a impossibilidade de enfrentamento por recurso, ele trabalha somente com a ideia de discricionariedade em sentido fraco (ato irrecurível), ignorando completamente a possibilidade da existência de teor discricionário nas decisões judiciais – sentença ou decisões interlocutórias –, afinal, existe, em regra, recurso apto a combater qualquer decisão judicial, mas não os despachos, dada a sua natureza de mero expediente. Ao colocar como característica essencial de um ato discricionário a sua natureza irrecurível, o ministro exclui as decisões judiciais deste panorama.

Esta crítica não se aplica só ao ministro Barroso – só decidimos destacar sua explanação para mostrar que ele utiliza o mesmo fundamento da defesa do ministro Fachin sobre a afetação se tratar de despacho –, mas a todos os ministros da corrente vencedora que materializaram essa confusão no acórdão.

Em síntese: o acórdão somente aponta o fato de a afetação ser ato discricionário, mas o cerne da decisão foi a dispensa de fundamentação. Dos conceitos de discricionariedade apresentados por Dworkin, não se pode retirar o efeito de afastamento dos fundamentos das decisões judiciais. Independente da existência de discricionariedade, os atos judiciais necessariamente devem conter

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 69.

fundamentação, sob pena de nulidade, dispensados de tal exigência somente os despachos. O colegiado entendeu que a afetação apresenta natureza jurídica de despacho e daí se retirou o afastamento do dever de fundamentação. Todavia, a corte associou à existência de discricionariedade a natureza de despacho do ato de afetação, sem considerar que também há teor discricionário nas decisões judiciais, o que nos obriga a entender que o acórdão foi mal redigido. Tal conclusão é inafastável, uma vez que, sendo discricionariedade um termo polissêmico, não se deduz do texto do acórdão necessariamente que não se precisa fundamentar a afetação realizada.

Assim, é necessário que se leia os votos e o acórdão de forma a dar a palavra discricionariedade um segundo sentido, qual seja a atribuição da natureza de despacho ao ato discricionário. Essa é a chave de leitura que apresentamos.

CAPÍTULO 3 – INVESTIGAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA AFETAÇÃO DO HABEAS CORPUS

Após apresentarmos o julgamento da preliminar sobre a afetação do habeas corpus, no bojo do HC 143.333/PR, e expormos as duas teses conflitantes, assumiremos neste capítulo o intento de investigarmos a natureza da afetação, permitida pelo art. 21, XI, RISTF.

A investigação partirá da crítica das teses apresentadas, especialmente da tese majoritária, a fim de percebermos se a corte acertou ao atribuir natureza de despacho ao instituto, afastando a competência do órgão fracionário e o remetendo ao Plenário.

Gastaremos algum tempo trabalhando em torno de conceitos. O esforço se mostra necessário, pois é preciso conceituar as naturezas as quais se pretende utilizar como classificação. Toda boa definição pressupõe achar uma semelhança e uma distinção essencial daquilo que se busca conceituar. O cuidado em delimitar a semântica dos termos utilizados se mostrará essencial neste trabalho, a partir da demonstração da confusão polissêmica ocorrida no julgamento.

Tão logo vencida a parte conceitual, apresentaremos um método investigativo e o aplicaremos ao instituto, dando a resposta final ao tema do capítulo: qual a natureza do instituto da afetação do HC.

3.1 Investigação da Natureza da Afetação

Até aqui assentamos algumas premissas: a) a afetação é um ato judicial, sendo b) a afetação de HC uma espécie em face da qual o Relator tem um grau de discricionariedade para decidir ou não pela prática do ato, ressaltando, todavia, que c) discricionariedade é atributo do autor e não categoria que se preste ao elenco de natureza jurídica. Todos esses pontos foram debatidos e analisados, tendo sido exposta a argumentação que nos levou a sedimentar entendimento de tal forma.

De toda sorte, se apresenta uma nova demanda: investigar a natureza jurídica do ato de afetação. Como vimos, a corrente majoritária, no julgamento da preliminar

do HC 143.333/PR, determinou que a afetação tem natureza de despacho. Essa tese nós já apresentamos, mas não a discutimos. É o que faremos a partir de agora. Para tanto, ressaltamos ao leitor a necessidade de assumir a chave de leitura do julgamento que apresentamos anteriormente, ou seja, há de se entender que, por vezes, quando os ministros estiverem fundamentando a discricionariedade do ato, também estão, nas entrelinhas, fundamentando a natureza de despacho do mesmo. Sem mais a observar, caminhemos para as exposições.

Iniciemos pela já visitada colocação do Relator: “Calha acrescentar que o RISTF reconhece tal proceder como ato de mero expediente, tanto que não desafia impugnação recursal (art. 305, RISTF)”¹⁰⁸. Em outras palavras, o voto está a afirmar que o regimento interno da casa conhece a afetação como despacho, uma vez que não possibilita que as partes recorram do ato.

Transpondo a afirmação para um modelo de silogismo teórico¹⁰⁹, nós teríamos a seguinte estrutura: Se todo ato judicial que não desafia recurso é um despacho / Se a afetação é ato judicial e não desafia recurso / Logo, a afetação é despacho. A aplicação do silogismo teórico no voto é um ótimo exemplo de como esta técnica apresenta uma grande falha, a saber: as premissas maiores precisam ser verdadeiras para o sucesso silogístico. Se a premissa maior for falsa, a conclusão seguirá o mesmo destino.

Perceba que a ideia que transpusemos como premissa maior do voto do Relator é falsa (Se todo ato judicial que não desafia recurso é um despacho), pois o elemento essencial que difere o despacho das decisões judiciais é que estas têm conteúdo decisório, enquanto aquele não o tem. Logo, é um erro afirmar que um ato judicial irrecorrível – só por isso – tem natureza de despacho.

Um silogismo teórico perfeito para esta questão se estruturaria da seguinte forma: Se todo ato judicial que não tem conteúdo decisório é um despacho / Se a

¹⁰⁸ Ver nota 106 deste trabalho.

¹⁰⁹ Podemos definir silogismo teórico como aquele “(..) Caracterizado pela adoção de certas premissas predeterminadas (premissa maior) às quais confrontam-se elementos variáveis (premissa menor) para extração de uma conclusão”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. O Dever de Motivação das Decisões Judiciais – Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria dos Precedentes. Coordenador Fredie Didier Jr. – 3 ed. Ver. Atual – Salvador: *Juspodvm*, 2019, p. 159.

afetação é ato judicial e não tem conteúdo decisório / Logo, a afetação é um despacho.

A premissa utilizada pela corrente majoritária inverteu as condições. O conteúdo não-decisório é o que determina a natureza de despacho, sendo a impossibilidade de enfrentamento por recurso uma consequência; e não o contrário, ou seja, a impossibilidade de enfrentamento por recurso determinar a natureza de despacho de um ato judicial e o conteúdo não-decisório uma consequência disso.

Um silogismo perfeito deve atender a duas condições: forma lógica (estrutura) e verdade das premissas, ou, em outras palavras, precisa oferecer uma justificação interna e outra justificação externa¹¹⁰. O primeiro silogismo, retirado da enunciação vencedora, atende a primeira condição, mas falhou com a segunda, uma vez que apresenta uma premissa maior equivocada, levando a uma conclusão inverídica.

Não são poucas as decisões irrecorríveis no nosso ordenamento jurídico. Para exemplificar, as decisões de mérito das ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF) são irrecorríveis, tal como a decisão que julgar o mérito de um recurso extraordinário. Inexistem discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre a natureza destas decisões, pois o caráter decisório é intrínseco ao ato de julgar, ou seja, de decidir (como o próprio termo sugere). Tanto é que as referidas decisões se vestem com a forma de acórdão. Assumindo o argumento da tese vencedora, poderíamos classificar todas estas como despachos, pois não são passíveis de recursos.

A jurisprudência do STJ dá corpo ao nosso entendimento, conforme se depreende do excelente voto da ministra Nancy Andrighi (fundamento do acórdão do RESP nº 1.219.082 – GO):

O STJ também já se pronunciou no sentido de que a diferenciação entre os despachos de mero expediente e as decisões interlocutórias reside na existência ou não de conteúdo decisório e de gravame (Resp 1.022.910/PR, de minha relatoria, 3ª Tuma, DJe de 02.10.2009; Resp

¹¹⁰ SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. Teoria da Argumentação Jurídica. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p.21-22.

Nesta esteira, resta inequívoco que ainda que seja denominado de despacho, se o provimento judicial tiver conteúdo decisório ou gerar prejuízo à parte, o mesmo deve ser considerado decisão interlocutória, existindo a possibilidade de combatê-lo por recurso¹¹². Na verdade, a simples potencialidade de gerar prejuízo já constitui a natureza, sendo a violação efetiva pressuposto para que se recorra do ato. Ora, se o gravame precisasse ser efetivo, uma decisão judicial só poderia ser assim entendida após sua prolação, pois só então se poderia verificar a presença de prejuízo.

Longe de nós incorrermos na desonestidade intelectual de sustentarmos que o Relator desconhecia essa diferença essencial entre decisões judiciais e despachos. Disse o relator na decisão que inadmitiu o agravo regimental na oportunidade que a defesa atacou o despacho que realizou a afetação:

(...) pressupõe-se que o ato recorrido exiba conteúdo decisório, bem como que acarrete prejuízo ao recorrente. Ainda que inexistisse referida explicitação regimental, a indispensabilidade de que o ato recorrido acarrete gravame aos interesses da parte decorre de pressuposto recursal genérico. Com efeito, considerando que o recurso constitui desdobramento do direito de ação, deve submeter-se a semelhantes condicionamentos, dentre eles o interesse processual.¹¹³

E continua no decorrer da decisão:

Nessa ambiência, é oportuno consignar que o despacho que submete a impetração à avaliação do Plenário não acarreta prejuízo aos interesses processuais do recorrente, circunstância a subtrair, por si só, a presença de pressuposto recursal indispensável à cognoscibilidade da irrisignação.¹¹⁴

Se o Relator foi minucioso em fundamentar a natureza de despacho da afetação quando inadmitiu a pretensão recursal, faltou o mesmo cuidado no seu voto,

¹¹¹ BRASIL. STJ. RESP nº 1.219.082 - GO. Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Acórdão/Voto. 2013, p.7. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27881595&num_registro=201001832553&data=20130410&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 09 de mai. 2020.

¹¹² *Ibidem*, p.6.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. . Decisão Monocrática em Agravo Regimental no HC nº 143.333/PR. Rel.: Ministro Edson Fachin. 2017, p. 1-2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313164135&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 de mai. 2020.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.2

na ocasião do julgamento pelo colegiado Pleno. Como a fundamentação de um ato judicial não se aproveita a outro, podemos dizer que a fundamentação do voto da relatoria é deficiente pelo já exposto.

Dois são os requisitos para que se determine a natureza de despacho de um ato judicial: não ter conteúdo decisório e, tampouco, gravame a parte. A ausência de conteúdo decisório significa que o ato não se presta a resolver uma controversa, mas simplesmente ordenar um procedimento, impulsionando o andamento processual¹¹⁵. Para que exista uma decisão é preciso que dela se retire uma carga mandamental¹¹⁶. Por sua vez, a inexistência de prejuízo às partes diz respeito à impossibilidade do ato de lesar direito dos contendores, lhes causando prejuízos de ordem material ou processual.

Adotaremos no decorrer deste capítulo a contraposição entre a afetação e uma série de direitos possivelmente violados pelo ato, de modo que se concluirmos pela violação de um destes direitos, ato seguinte, chegaremos ao juízo inafastável de que a afetação tem natureza de decisão interlocutória e não de despacho, segundo entendimento sedimentado de que se o ato comportar (ou puder causar) gravame, ainda que vestido sob a forma de despacho, deverá ser recebido como decisão interlocutória. Para tanto, não nos limitaremos a enfrentar apenas os argumentos trazidos pela fundamentação do acórdão do HC 143.333/PR (voto do Relator), mas consideraremos os elementos dos votos de outros ministros que não formaram a *ratio decidendi* da decisão, assim como a fundamentação da decisão que negou o agravo regimental interposto contra o despacho de afetação e possíveis outros argumentos que possamos especular.

3.1.1 Afetação x princípio do juiz natural

¹¹⁵ BRASIL. STJ. RESP nº 1.305.642/MT. Rel.: Ministro Mauro Campbell Marques Segunda Turma. Acórdão/Voto. 2012, p. 3 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20819934&num_registro=201100808131&data=20120322&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de mai. 2020.

¹¹⁶ BRASIL. STJ. RESP nº 603.266/PB. Rel.: Ministro Gilson Dipp Quinta Turma. Acórdão/Voto. 2004, p. 3-4. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1107498&num_registro=200301986671&data=20040701&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 09 de mai. 2020..

Quando introduzimos o princípio do juiz natural no início deste trabalho, buscamos mostrar que seus objetivos gerais são a imparcialidade e a isonomia dos julgamentos¹¹⁷. Todavia, apontamos que deixaríamos para momento oportuno as vertentes do postulado, trazidas pelas normas contidas no rol do artigo 5, a saber nos incisos XXXVII e LIII¹¹⁸, sem contudo ignorar sua manifestação em outros dispositivos constitucionais¹¹⁹. O tempo oportuno chegou.

De início, lançaremos mão da doutrina de Renato Brasileiro que, apoiado na doutrina de Antônio Scarance, extraiu três mandamentos das comentadas:

1) Só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2) Ninguém pode ser julgado por órgãos instituído após o fato; 3) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativas de competência que exclui qualquer alternativa deferida a discricionariedade de quem quer que seja¹²⁰.

Cada norma constitucional apresentada revela um desdobramento do juiz natural, apesar de intimamente estarem interligadas. Começamos pelo inciso XXXVII que veda a criação de tribunais de exceção. Por tribunais de exceção deve-se entender a criação de órgãos, não previstos constitucionalmente, atribuindo-lhes jurisdição, especificamente para julgarem causas que ocorreram anteriormente a sua criação¹²¹. Seria a criação de um juízo, *a posteriori*, com o objetivo de julgar fatos já ocorridos. A vedação constitucional visa proteger o processo de um juízo imparcial e criado com o intuito de dar legitimidade a uma sentença já estabelecida antes do processo. Logo, não se pode criar órgãos investidos de jurisdição fora aqueles estabelecidos pela Constituição da República.

Por sua vez, o inciso LII garante que tanto o processo quanto o julgamento devem ocorrer sob a autoridade competente. Guardada a similitude com o inciso

¹¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Princípio do Juiz Natural na CF/88 Ordem e Desordem. Revista de Informação Legislativa Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 168.

¹¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

¹¹⁹ Renato Brasileiro destaca que, além dos incisos já citados, o princípio do juiz natural se manifesta no estabelecimento da competência do tribunal do júri (art. 5, XXXVIII, CRFB) e nas normas constitucionais que estabelecem foro por prerrogativa. Ver LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 6 ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p.338

¹²⁰ *Ibidem*, p.339

¹²¹ *Ibidem*, p. 339.

XXXVII, este comando traz particularidades. São semelhantes os dispositivos naquilo que impedem que um órgão criado após a conduta a ser julgada possa apreciá-la. Contudo, o inciso XXXVII está direcionado a criação de tribunais *ad hoc*, ou seja, órgãos criados, a revés de previsão constitucional, para julgar fato passado. Já a norma do inciso LII é uma limitação à atividade legislativa (seja do próprio Poder Legislativo ou normas criadas pelos tribunais a título de organização interna) de criação e atribuição de novas competências jurisdicionais, dentre os órgãos do Poder Judiciário instituídos pela Constituição, com o intuito de direcionar uma ação para um juízo específico, que não detinha competência a época do fato. Em outros termos, garante o “impedimento à subtração da causa ao tribunal competente”.¹²²

Por fim, vale destacar o alerta trazido por Jacinto Coutinho, guardando ressalva que sua fala diz respeito ao juiz natural em casos penais, mas que pode ser aplicada fora do direito penal¹²³:

Pensamento diverso, aliás, poderia abrir um precedente capaz de possibilitar a escolha de um juiz “mais interessante” para o julgamento de determinados casos penais, depois de os crimes terem acontecido, segundo critérios pessoais (mais liberal ou mais conservador, por exemplo), o que pode indicar na direção da suspeita de imparcialidade (em juízo, a priori, naturalmente), algo sempre abominado¹²⁴.

Em apertada síntese: o juiz natural é o juízo investido de jurisdição pela carta magna, competente por lei para julgar a causa antes do fato que gerou a lide apresentada ao Poder Judiciário¹²⁵, garantindo a imparcialidade do órgão julgador¹²⁶ e a isonomia dos jurisdicionados¹²⁷.

Sobre a possível colisão entre juiz natural e a afetação, o Ministro Édson Fachin e seus pares que formaram a tese vencedora na preliminar da afetação teceram considerações que merecem ser debatidas. Primeiramente, sustentaram a indivisibilidade do Supremo Tribunal Federal, de maneira que tanto Turmas como

¹²² *Ibidem*, p. 339.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira. GONET, Paulo Gustavo Branco. *Op. cit.*, p. 493.

¹²⁴ COUTINHO, Jacinto. *Op. cit.*, p.457.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. GONET, Paulo Gustavo Branco. Curso de Direito constitucional – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017 P. 493.

¹²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p.339.

¹²⁷ COUTINHO, Jacinto. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.456.

Pleno pertencem ao mesmo tribunal, à mesma instituição¹²⁸. Desse modo, o Supremo é uno e a separação entre órgãos fracionários e órgão Pleno se faz apenas por método de trabalho, mas que não afeta a unidade da corte.

A segunda posição a ser apreciada se retira do voto do Ministro Fachin¹²⁹, assim como da sua decisão que não acolheu o agravo regimental¹³⁰, nos quais o Relator fez uma sofisticada leitura da cláusula de reserva de plenário. Caminhou por demonstrar que a Constituição previu diversas competências ao STF, reservando, todavia, algumas matérias somente à apreciação do Plenário. A esta regra denominou, como grande parte da doutrina, de reserva de plenário. Entendendo que a carta maior também possibilitou que os tribunais se organizassem por meio de seus regimentos internos, asseverou, contudo, que a reserva de plenário seria uma limitação às normas regimentais no tocante a repartição de competências entre o órgão Pleno e os órgãos fracionários. Esta repartição de competências dentro do mesmo tribunal, segundo o ministro Fux, só objetivaria uma organização de trabalho, gerando uma melhor e mais célere prestação jurisdicional¹³¹.

Continua a exposição, mas agora ao fazer uma leitura inversa da cláusula de reserva de plenário, ou seja, que a reserva de plenário afasta uma possível reserva de órgão fracionário¹³². Como já havia apontado, a Constituição deu competências ao STF e reservou matérias ao tribunal Pleno, mas jamais reservou nada aos órgãos fracionários, de forma que idealmente tudo deveria ser julgado pelo Tribunal Pleno¹³³ e só não o é por impossibilidade fática (dado o gigantesco número de demandas a serem julgados pelo Supremo Tribunal). Logo, toda matéria julgada pelas Turmas (órgãos fracionários) podem ser apreciados pelo Plenário, mas nem todas as matérias dadas à apreciação do Plenário podem ser julgadas pelas Turmas.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.333/PR. Rel.: Ministro Edson Fachin. Plenário. Inteiro teor do Acórdão. 2018, p. 68 e 80 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339756909&ext=.pdf>> Acesso em: 12 mai. 2020.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 19-21.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. . Decisão Monocrática em Agravo Regimental no HC nº 143.333/PR. *Op. Cit.*, p. 4-6.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.333/PR. Inteiro teor do Acórdão. *Op. cit.*, p. 68.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. . Decisão Monocrática em Agravo Regimental no HC nº 143.333/PR. *Op. cit.*, p.06.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.333/PR. Inteiro teor do Acórdão. *Op. cit.*, p. 21.

Muito menos sofisticada foi à posição do Ministro Dias Tóffoli:

(...) não há de se falar aqui em juiz não natural. Estamos no âmbito do Supremo, seja em decisão individual, seja em decisão de Turma, seja em decisão plenária.

O princípio do juízo natural é para evitar um tribunal de exceção; nem decisão monocrática de Ministro do Supremo, nem decisão de Turma, nem decisão de Plenário configuram decisão de exceção ou implicam haver tribunal de exceção.

Logo, assentada nestas duas premissas – a unidade do Supremo e a competência sem reservas garantida ao Plenário pela Constituição – a corrente majoritária entendeu que o art. 21, XI, RISTF, ao dar o poder discricionário para que o Relator mantenha o HC para julgamento na Turma ou afetá-lo ao Pleno, sem que seja necessária qualquer fundamentação (interpretação dada ao dispositivo), não fere o princípio do juiz natural. Não há ofensa, pois a) sendo o Supremo uno não há que se falar em violação ao princípio do juiz natural, afinal o juiz natural é o Supremo e não as Turmas ou o Plenário (se o HC afetado permanece no âmbito do Supremo, o juiz natural continua o mesmo, ainda que haja remessa da ação dentre seus órgãos); e b) o Pleno tem competência sobre qualquer tipo de ação que também detenha as Turmas (é o órgão que detém verdadeiramente a competência originária, por escolha constitucional).

Não gastaremos muito tempo na colocação do Ministro Tóffoli, pois nada mais errado do que resumir o princípio do juiz natural à vedação de tribunal de exceção, mas, como apresentamos, existe clara aplicação do instituto para limitar o estabelecimento de regras subjetivas de competência que possibilitem alteração do órgão julgador após o ato ou o fato a ser apreciado. Detenhamos-nos aos demais pontos explicitados.

Em face do argumento da unidade (ou indivisibilidade) do Supremo Tribunal Federal, é preciso destacar que esta posição se fundamenta em uma ficção jurídica. Ficção jurídica é uma abstração utilizada para uma melhor aplicação ou entendimento do direito. Ora, para fins de organização político-administrativa a presente ficção se apresenta útil, mas estamos diante de um HC. Como se sabe, o HC é o remédio heroico e visa proteger um dos direitos mais essenciais do cidadão: sua liberdade.

Não se pode deixar que as abstrações do direito – muitas vezes necessárias, é preciso que se confesse – se desprendam de tal forma da realidade que possam vir a criar injustiças, justificando interpretações que limitem o gozo de direitos fundamentais. Perceba que ao sustentar a unidade do tribunal, a fim de conferir a um dispositivo regimental interpretação que viola um princípio basilar do Estado de Direito, a corrente majoritária conforma o direito a ficção, quando a ficção é que deve servir a aplicação do direito. No mundo dos fatos, sabemos que, apesar de um só Supremo, existem três órgãos colegiados com diferentes composições e, ainda, diversas decisões monocráticas proferidas por ministros com distintas convicções jurídicas. Sabe-se que, por vezes, as Turmas têm posições divergentes entre si, da mesma forma que ocorre das Turmas manterem posição diversa do Pleno (muitas vezes resistindo à aplicação de jurisprudência assentada por este). O STF pode ser uno, mas seus diversos órgãos não falam uma só voz e isso é um fato.

Interessante e correta foi à colocação do Ministro Lewandowski:

Penso que estamos, se não motivarmos a remessa para o Plenário desta Corte, subtraindo da jurisdição do juiz natural, porque, se assim não fosse, não julgaríamos inúmeros casos de Varas especializadas, especialmente da Justiça Federal, que se especializam, de repente, e as partes afetadas ingressam com habeas corpus invocando o princípio em questão.¹³⁴

A par da divergência sobre se a criação de varas ou câmaras/turma especializadas dentro de um juízo ou tribunal, com a posterior remessa das ações que guardem relação temática para este juízo especializado, seria uma violação do juízo natural¹³⁵, vemos neste fenômeno mais um argumento contra a posição majoritária. Se um tribunal é uno, a especialização de câmaras não obriga a distribuição das ações que guardem pertinência para a mesma, ainda que previstas pelo regimento do tribunal. Imaginemos que uma apelação dentro de uma causa que verse sobre direito de família seja remetida a um Tribunal de Justiça que conta com uma câmara especializada em direito de família, mas que o recurso tenha sido distribuído para julgamento em uma câmara especializada em direito público. Bom, sendo o tribunal uno, não haveria violação ao princípio do juiz natural e não haveria gravame as

¹³⁴ *Ibidem*, p. 70

¹³⁵ O Supremo entende que neste caso não há violação do juiz natural. Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 88660/CE. Rel.: Ministra Carmem Lúcia. Plenário. Acórdão. 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=247516889&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2020. Em sentido oposto, conferir COUTINHO, Jacinto. *Op. cit.*, p.457-458.

partes. Não há permissivo constitucional que afaste a aplicação da referida garantia no interior de um órgão judicante, conforme preleciona:

O princípio do juiz natural exige não só uma disciplina legal da via judicial, da competência funcional, material e territorial do Tribunal, mas também uma regra sobre qual dos órgãos judicantes (Câmara, Turma, Senado) e qual juiz, em cada um desses órgãos individualmente considerado, deve exercer a sua atividade.¹³⁶

Por fim, se a ficção da unidade pudesse ser invocada para justificar normas que violem regras de competência, não haveria razão de ser da prejudicial de mérito da incompetência absoluta do juízo (instituto de direito processual), pois, como se sabe, a jurisdição também é una¹³⁷. Ora, se a jurisdição é una e indivisível (tal como o Supremo), um HC de competência do Supremo poderia ser julgado por um juiz de piso, sem ferir o princípio do juiz natural ou vice-versa, pois o juiz natural seria simplesmente qualquer juiz dotado de jurisdição. Logo, não podemos aceitar a simples invocação de uma ficção jurídica para justificar leituras a arrepio de normas constitucionais garantidoras de direitos.

Por sua vez, o argumento de que a Constituição não traz reserva de matéria a ser apreciada pelos órgãos fracionários, mas confere tudo a apreciação do Plenário também merece resistência. Ora, se a Constituição não reservou nada aos órgãos fracionários, mas permitiu que os tribunais o fizessem por seus regimentos – a exceção das matérias reservadas ao Pleno –, caso tenha o tribunal feito assim, e esta competência for violada, estaríamos no mínimo diante de uma ilegalidade. Não faz sentido que o tribunal exerça sua poder atípico de legislar, dentro do permissivo constitucional, repartindo competências entre seus órgãos, e que isso seja simplesmente afastado pelo fato de que não o fez a Constituição. A carta suprema não reservou, mas permitiu que fosse reservada, delegando tal poder a corte na forma de seu regimento. Aceitar esse argumento é se colocar entre a cruz e a espada. É assim porque ou se entende que a Constituição reservou todas as matérias ao Plenário e a

¹³⁶ ABREU, Nylson Paim de. Princípio do Juiz Natural. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 17, n. 9, set. 2005, p. 19. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/79072273.pdf> >. Acessado em: 12/05/2020.

¹³⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31ª edição. Rev e ampl. Malheiros Editores. 2015, p. 176

repartição das competências trazidas pelo regimento interno é inconstitucional, ou o entendimento tem que ser no sentido de que a Constituição autorizou o regimento a compartilhar as competências e norma que viole essa repartição é ilegal.

Uma objeção a ser levantada para malogro do nosso entendimento, poderia afirmar que a corrente majoritária aceita por constitucional a repartição de competências entre órgão fracionário e órgão pleno e que, não há que se falar em violação da competência daquele, mas, sim, em reconhecer uma exceção a essa repartição, assentada no artigo 21, XI, RISTF. Logo, não haveria ilegalidade, mas uma exceção. O juiz natural estaria fundado em uma exceção a regra geral de competência das Turmas (art. 9, I, a, RISTF).

O raciocínio posto desta maneira é perfeito. Não fere o juiz natural regra que tragam exceções as regras gerais de distribuição de competência¹³⁸. Bons exemplos são os institutos da conexão e continência (art. 54, CPC)¹³⁹. Os artigos são verdadeiras exceções às regras gerais de competência relativa, trazidas no bojo do Título III, Capítulo I, Seção I, do CPC. Todavia, as regras precisam ser claras e taxativas, de forma que ocorrido o fato, a competência para julgá-lo já possa ser de imediato conhecida ainda que se quer tenha processo instaurado¹⁴⁰. Desse jeito, quando um indivíduo tem um cerceamento do seu direito de ir ou de vir, a lei deve de imediato lhe permitir conhecer em que juízo deve impetrar seu HC e quais as regras de distribuição interna daquele juízo ou tribunal, bem como se seu caso está debaixo de alguma exceção da competência originária. Aplicando a tese da corrente majoritária, um indivíduo que impetre HC, contemplado pelo art. 9, I, a, RISTF, conhece de imediato o tribunal que o irá julgar – o STF, no caso –, mas deverá aguardar até que o Relator da ação resolva a qual órgão encaminhar o pleito, sem nunca conhecer os fundamentos que o levaram a escolher um colegiado a detrimento

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. GONET, Paulo Gustavo Branco. *Op. cit.*, p. 494.

¹³⁹ Por exemplo, diz a Súmula 704, STF: “Não viola as garantias do juiz natural. Da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência e conexão do correu o foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 704. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2645>>. Acessado em: 12 mai. 2020.

¹⁴⁰ Em sentido contrário, defendendo uma flexibilização do princípio em alguns casos específicos, ver FERREIRA, Gabriela Macedo. O Ato Concertado Entre Juízes Cooperantes: Esboço de Uma Teoria para o Direito Brasileiro. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez. [s.l]. 2019, p. 16-19. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/images/stories/2019-3/01.pdf?&embedded=true>>. Acesso em: 12 mai. 2020

de outro. O que estamos afirmando é que a competência será definida após a ocorrência do ato coator, pois se submete a escolha discricionária do Relator, ferindo o juiz natural, previsto pelo art. 5, LIII, CRFB.

Bem disse o ministro Lewandovski que a decisão da corte deu maior poder ao Relator do que exerce a Presidência da casa¹⁴¹ (que está vinculada as regras de distribuição, não lhe sendo discricionário decidir para qual órgão encaminhar um feito).

Assim, concluímos que o poder discricionário do Relator para afetar o HC fere diretamente o princípio do juiz natural. Apesar de o tribunal ser uno (ou indivisível) e da Constituição não afastar nenhuma matéria da apreciação do Pleno, as regras regimentais de divisão de competência devem ser observadas e possíveis exceções devem respeitar a objetividade e taxatividade¹⁴² que exige o princípio constitucional do juiz natural. Quando a interpretação dada ao art. 21, XI, RISTF diz que o Relator pode se basear em qualquer hipótese para remeter a ação, se está condicionando a determinação da competência à subjetividade do mesmo e a motivos que podem surgir após a impetração da ação (que nunca poderão ser conhecidos, pois a fundamentação do ato foi afastada).

3.1.2 Afetação x segurança jurídica

Por muito se discutiu se a segurança jurídica era um princípio constitucional ou se deveria ser trabalhado como advindo do plano ordinário. Atualmente, se chegou à conclusão que a segurança jurídica é fruto do art. 1, CRFB, nascendo da adoção do Estado de Direito pela República Federativa do Brasil – posição assumida também pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴³. A relação entre Estado de Direito e segurança jurídica seria tão profunda de forma que esta é fundamento daquele e aquele tem por finalidade esta, ou seja, o Estado de Direito tem como um dos seus fundamentos a

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.333/PR. Inteiro teor do Acórdão. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁴² COUTINHO, Jacinto. *Op. cit.*, p.457.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargo de Declaração em Mandado de Segurança nº 25116. Rel.: Ministro Ayres Britto. Plenário. Acórdão. 2014, p. 02. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=235437539&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

segurança jurídica, sendo também um dos seus fins garanti-la¹⁴⁴.

A ideia de segurança jurídica é mais ampla do que a proteção a direito adquirido (art. 5, CRFB)¹⁴⁵ e é de difícil definição. Todavia, pode-se dizer que é a “exigência de um direito acessível, estável e previsível”¹⁴⁶. Duas consequências nascem da adoção desse conceito, como bem preceitua Lucca:

Em primeiro lugar, a segurança jurídica é incompatível com o arbítrio estatal, pois parte do pressuposto de uma ordem jurídica estável, previsível e homogênea, impedindo intromissões inesperadas no patrimônio jurídico do indivíduo; além disso, impe ao Estado o dever de efetivar os direitos dos cidadãos. Em segundo lugar, a segurança jurídica ‘situa’ a pessoa no tempo e no espaço, atribuindo-lhe condições de confiar no Estado e nos demais indivíduos, e dando-lhe a certeza de que situações jurídicas consolidadas não serão mais alteradas e que determinados fatos jurídicos desencadearão determinadas consequências jurídicas.¹⁴⁷

A segurança jurídica pode ser encarada em sua relação com o Poder Legislativo, obrigando que as leis, *lato sensu*, respeitem a acessibilidade, previsibilidade e estabilidade da ordem legal, mas não só sobre esse prisma, como também em face dos poderes que executam as normas: Poder Executivo e Poder Judiciário, pois “já que são aplicadores – Administração Pública e Judiciário, sobretudo – que vão definir o sentido e o alcance da lei”¹⁴⁸. Quando nos referimos ao diálogo entre o princípio e o Poder Judiciário, estamos nos referindo naquilo que é típico a este último, ou seja, na sua função de julgar, efetivada por meio das decisões judiciais (em suas diversas formas). A nós interessa essa relação com o poder judicante.

Contudo, é preciso observar que iremos trabalhar esta relação também com um fenômeno que vai um pouco além das decisões judiciais, mas que nasce diretamente delas, chamado jurisprudência. A jurisprudência serve de instrumento a concretização da segurança jurídica, uma vez que é fonte hermenêutica do direito¹⁴⁹. Podemos conceituá-la como “resultado de um conjunto de decisões no mesmo sentido

¹⁴⁴ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Branco; GONET, Paulo Gustavo. *Op. cit.*, p. 395.

¹⁴⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Op. cit.*, p. 68.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 62.

¹⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito constitucional. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, n.p.

¹⁴⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Op. cit.*, p. 145.

sobre uma mesma matéria proferida pelos tribunais”¹⁵⁰. Papel ainda mais relevante cumpre a jurisprudência dos tribunais superiores, afinal, estas cortes se prestam a homogeneizar o entendimento – logo, a aplicação – de normas jurídicas¹⁵¹, se prestando claramente a garantir um sistema jurídico seguro. Realizado este recorte, tratemos das três características conceituais de segurança jurídica em face das decisões judiciais e da jurisprudência, a lembrar: acessibilidade, previsibilidade e estabilidade do direito.

Começando pela última característica, caminhando com a doutrina de Lucca¹⁵², é certo dizer que a estabilidade do Direito é de um conjunto de normas gerais e permanentes, mas não imutáveis, que servem para que o indivíduo possa ordenar a adoção imediata de suas condutas, mas também possa projetar sua vida a longo prazo. Veda-se a ideia de um direito sempre em mudança, descontínuo, com alterações abruptas e constantes, desorientando o indivíduo. Logo, a jurisprudência tem seu papel na efetivação da estabilidade das normas, ao ser ferramenta de interpretação jurídica, não podendo a todo instante dar novos significados e aplicações às normas jurídicas, contudo, sendo passível que os tribunais mudem seus posicionamentos jurisprudenciais, desde que de forma ponderada, contínua, evolutiva; evitando rupturas drásticas.

Tratando da previsibilidade, Lucca¹⁵³ a encara sob duas facetas: sistematicidade e coerência. A previsibilidade do Direito é a possibilidade de antever as consequências jurídicas dos atos praticados pelos cidadãos e, de igual forma, os atos estatais que responderão a estes. Em outras palavras, o Direito tem que possibilitar que o indivíduo conheça seus direitos, deveres e obrigações e as consequências para o caso de desobedecimento. Por isso, é preciso que seja claro como o sistema jurídico funciona, suas ferramentas, como seus elementos se correlacionam; é preciso saber que toda ação “X” desencadeia o efeito “Y”, buscando uma racionalização e coerência. Assim, as decisões judiciais, ao integrar as leis (lacunas, obscuridades, normas de alta densidade normativa), precisam, por meio da sua

¹⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 1543-1544.

¹⁵¹ FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência Defensiva e a Função dos Tribunais Superiores. [S.l.]. Revista de Processo. Vol. 209/2012. 2012, p. 2

¹⁵² LUCCA, Rodrigo Ramina de *Op. cit.*, p. 259 a 262.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 262-265.

fundamentação, buscar universalizar e estabelecer critérios de aplicação do sistema decisório, isto é, mostrar como tais normas devem ser interpretadas e como as ferramentas de aplicação do raciocínio interpretativo-decisório funcionarão nos casos futuros.

Finalmente, ainda na doutrina de Lucca¹⁵⁴, compreende-se acessibilidade como o dever das normas estarem acessíveis materialmente (publicidade), mas também serem acessíveis intelectualmente, ou seja, o indivíduo precisa ter acesso a uma norma que ele possa compreender o comando. De igual forma, é preciso que se garanta o acesso a uma jurisprudência intelectualmente clara e coerente, pois é necessário conhecer a aplicação da norma; afinal, a aplicação é que, por vezes, determina o conteúdo normativo.

Como dito, todo o exposto decorre do princípio da segurança jurídica que, por sua vez, é intrínseco a opção do constituinte originário pelo Estado Democrático de Direito. Não obstante essa leitura constitucional, quis o Código de Processo Civil, em seu art. 926, reafirmar a necessidade de uma jurisprudência que garanta a segurança jurídica. Preceitua o dispositivo: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”¹⁵⁵. O que se traz é um dever para que os tribunais uniformizem seu entendimento (aplicando a mesma solução jurídica aos casos iguais) e que todos os seus órgãos passem a respeitá-lo, decidindo de acordo com a jurisprudência da própria corte.

Segundo Daniel Assumpção, a estabilidade da jurisprudência se presta a obstar que os tribunais mudem ou abandonem seus entendimentos sem que haja uma forte justificação para esta virada, ou, do contrário, se está a atentar contra a segurança jurídica e a isonomia dos jurisdicionados.¹⁵⁶

A integridade da jurisprudência diz respeito a sua construção “levando-se em consideração o histórico de decisões proferidas pelo tribunal a respeito da mesma

¹⁵⁴ *Ibidem.* p. 266-269.

¹⁵⁵ BRASIL. Legislação Informatizada. Lei nº 13.105, de 16 De Março De 2016 - Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.

¹⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 1547

matéria jurídica (...)”¹⁵⁷. A jurisprudência tem de ser um produto de todos os elementos da fundamentação das decisões que a formaram (da *ratio decidendi*), não podendo ser uma seleção.

Por último, a coerência “assegura uma aplicação isonômica do entendimento consolidado em casos semelhantes, ou seja, que versem sobre a mesma questão jurídica”¹⁵⁸. A coerência é uma obrigação que o tribunal não se contradiga, aplicando diversos entendimentos sobre casos baseados em fatos semelhantes.

Quando o Supremo dá interpretação a um texto normativo, acaba por lhe determinar o seu conteúdo, ou seja, explicitar a norma que ali se encontra¹⁵⁹. Ao interpretar o art. 21, XI, RISTF, no sentido de que é discricionário ao Relator manter a competência originária de um HC ou afetá-lo ao Pleno, sem que esteja vinculado a nenhuma hipótese que obrigue qualquer uma das condutas e sem que necessite fundamentar o ato, a Corte Constitucional estabeleceu uma aplicação imprevisível, inacessível e instável do direito. Em outras palavras, a interpretação fere o princípio da segurança jurídica.

Caminhemos por um exemplo. Imaginemos que indivíduo tenha sofrido lesão ou ameaça de lesão a sua liberdade de locomoção. Ele contata um advogado e pergunta o que pode ser feito. O advogado responde de pronto que pode ser impetrado um HC e, analisando a hipótese, chega à conclusão de que o juiz natural é o Supremo e, nas divisões regimentais de competência, a Turma seria o colegiado competente para apreciar o remédio. Se o cliente questionar o advogado sobre em qual colegiado a ação será julgada: Turma ou Plenário. Poderá o advogado responder com certeza? A resposta é não. Não existe previsibilidade de como será usado o art. 21, XI, RISTF, pois fica a critério do Relator. Cada um dos ministros poderá aplicá-lo conforme bem entender. Permite-se a incoerência, uma vez que nem toda ação igual desencadeará uma resposta igual (nem toda a impetração de HC por semelhante situação fática deverá necessariamente ser encaminhado ao mesmo colegiado) e se destrói a sistematicidade do instituto, pois não há um *start* que leve necessariamente a

¹⁵⁷ *Ibidem* p. 1547

¹⁵⁸ *Ibidem* p. 1548

¹⁵⁹ Conferir a diferenciação entre texto normativo e norma em GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito. 5º Ed. rev e ampl. Malheiros Editores.. [S.l.], 2005, p. 3

afetação, mas é arbitrário ao Relator. Logo, a afetação fere a previsibilidade exigida pela segurança jurídica.

Sigamos imaginando, na esteira do exemplo anterior, que o advogado tenha impetrado o referido HC. Esperando que o feito fosse encaminhado para julgamento por uma das Turmas, se vê surpreendido pela remessa ao Pleno. A afetação é feita através de despacho e o ato não é acompanhado por nenhuma fundamentação. Ora, neste caso há uma verdadeira inacessibilidade do direito, pois é impossível ao impetrante acessar a inteligência do ato. Se o Relator afetou o remédio, pois existe divergência entre as Turmas sobre tema cuidado na ação; se remeteu por haver relevante questão jurídica; não se sabe, pois se interpretou que a fundamentação é desnecessária. Desse modo, o entendimento dado ao art. 21, XI, RISTF, legitima um verdadeiro afastamento do critério da acessibilidade material de cada ato de afetação de HC, no âmbito do Supremo.

Quanto à estabilidade, precisamos olhar os efeitos que esse livre poder de afetação pode produzir. Apesar de contar com órgãos fracionários que podem manter jurisprudências distintas, é missão do colegiado maior assentar o entendimento que deverá prevalecer no tribunal. Logo, o Pleno tem a missão de pacificar as divergências entre as Turmas ou mesmo entre o órgão fracionário e o próprio Pleno. Afinal, decisões em diversos sentidos sobre o mesmo tema enfraquece institucionalmente a corte¹⁶⁰. Neste aspecto, a regra de exceção da afetação (discrecionalidade da afetação dos HCs) presta um desserviço. Ao deixar na mão dos Relatores a decisão de encaminhar os remédios ao Plenário, nasce a possibilidade de que questões sobre as quais divirjam os órgãos internos jamais sejam pacificadas. Ora, o Relator pode afetar um HC fora das hipóteses trazidas pela regra geral, mas, por outro lado, ele também não está obrigado a afetar jamais. Sendo assim, ocorrendo àquelas hipóteses da regra geral (art. 22, caput e parágrafo único, “a” e “b”, RISTF), que procuram pacificar o entendimento do tribunal remetendo divergências ao Pleno, sendo um HC a ser apreciado, pode o Relator mantê-lo no órgão fracionário. Dessa forma, a divergência permanece e cria-se um direito instável, pois casos idênticos poderão ter três respostas jurídicas distintas: uma da Primeira Turma, outra da

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.333/PR. Inteiro teor do Acórdão. *Op. cit.*, p. 58.

Segunda Turma e, ainda outra, do Pleno.

Logicamente que, criando um direito instável, ou seja, possibilitando a coexistência de diversos entendimentos divergentes dentro da mesma casa, também se obsta a uniformização da jurisprudência do tribunal. Nesta leitura, tanto a estabilidade quanto a uniformização da jurisprudência, sendo aquela característica intrínseca a segurança jurídica e esta dever decorrente dela, são ofendidas pelo entendimento dado ao art. 21, XI, RISTF.

Não há como chegar à conclusão diversa de que a decisão do Pleno do Supremo criou um ambiente de total insegurança jurídica quanto ao tema da competência para julgamento do HC dentro do tribunal. A decisão deixa total poder de direção da ação nas mãos do Relator, sem que as partes sequer conheçam seus motivos e fundamentos.

3.1.3 Afetação x igualdade (isonomia)

O direito a igualdade (isonomia) decorre do Estado de Direito, isto é, de um modelo estatal em que a lei é soberana frente a todos. Todavia, quis o constituinte brasileiro, consolidar-lhe como direito fundamental, compondo o rol do art. 5, CRFB, especificamente no seu caput, mas suas manifestações não se exaurem no dispositivo supracitado.

Duas projeções são possíveis para trabalharmos: igualdade material e igualdade formal. Por igualdade material se entende a igualdade que a lei confere em um comando, ou seja, a igualdade de usufruir direitos que a lei dá aos cidadãos. O que não quer dizer que a lei deva garantir os mesmos direitos a todos, na mesma proporção. Por isso, bem se pode conceituar igualdade material como “dar aos desiguais um tratamento desigual, na medida da desigualdade.”¹⁶¹ É a igualdade por excelência, que complementa a ideia de igualdade formal (que por si só não é um fator de verdadeira igualdade). Sendo mais claro: a lei deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, de forma a igualá-los. Essa igualdade se

¹⁶¹ MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 1 ed.. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.827

manifesta por diversos dispositivos constitucionais (art. 3, I, III, III *in fine* etc).

Por sua vez, igualdade formal é aquela que se manifesta na aplicação da lei, de maneira que todos os cidadãos são iguais perante a lei. O dever trazido pela norma constitucional, sob a égide formal, obriga que não haja distinção na aplicação da lei pelo Estado Aplicador do Direito, ou seja, pelo Estado Administrador (Poder Executivo) e pelo Estado Julgador (Poder Judiciário). Como aplicadores da lei só devem garantir as diferenciações que a própria lei dispuser. Por outro lado, a igualdade formal garante ao sujeito de direito resistir ao tratamento desigual dado na aplicação da lei. Havendo igualdade fática, a lei não pode ser aplicada de forma diferente.

Recapitulando, passemos pela breve e correta diferenciação feita por de Walber de Moura:

A igualdade perante a lei refere-se ao cumprimento de determinado dispositivo normativo, devendo abranger de forma uniforme todas as pessoas, bens ou situações que estejam em igualdade de situações. Se a norma abstrata não desnivelou a aplicação da norma, desfalece essa competência aos operadores jurídicos. Já a igualdade na lei cinge-se ao processo legislativo, na fase de criação normativa, impedindo que os legisladores possam criar diferenciações que não tenham robusta dosimetria que justifique o critério diferenciador.¹⁶²

A nós importar a igualdade formal, motivo pelo qual nos escusamos de diversos enfrentamentos necessários para se entender a igualdade material, seus limites e exceções; mas que só nos serviriam para inchar desnecessariamente este tópico.

Quando confrontamos a afetação e o direito de igualdade (formal), percebemos que a decisão do STF deu uma possibilidade de aplicação desigual do art. 21, XI, RISTF. Como temos repetido incessantemente ao longo desta empreitada, o Relator ganhou poder para remeter um HC ao Pleno ou manter na Turma, sem estar vinculado a qualquer hipótese. Dois HCs com os mesmos fundamentos de fato e de direitos podem ser julgados por órgãos distintos, por simples disposição da relatoria. Isso fere diretamente a igualdade perante a lei, que exige que “havendo dois casos

¹⁶² AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional – 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018, p. 212.

idênticos na seara fática, deparamo-nos com uma obrigatoriedade de realizar a igualdade perante a lei, em que a mesma lei deve ser aplicada para ambos os casos”¹⁶³. Podemos dizer que não só a mesma lei deve ser aplicada, mas a mesma interpretação dada à lei, ou seja, a mesma norma.

Valendo-nos, uma vez mais, do recurso dos exemplos, imaginemos que um indivíduo tenha impetrado HC contra acórdão do STJ, determinando uma prisão cautelar, aplicando entendimento “X” à súmula “Y”. Consideremos que estivesse o caso amparado pelo art. 9, I, a, RISTF, ou seja, que fosse competência de uma das Turmas do STF apreciar esse caso hipotético. Distribuída à ação, o Relator encaminha o feito ao órgão fracionário que está vinculado para julgamento. Imaginemos que, dias após, o mesmo Relator receba outro HC baseado na mesma hipótese fática e jurídica (HC tendo como ato coator acórdão do STJ que determina prisão cautelar, aplicando a súmula Y a partir do entendimento X). Obviamente o direito a igualdade obriga que o Relator ou encaminhe o remédio ao órgão fracionário ou mostre que existe uma distinção entre os dois casos. Todavia, segundo o entendimento assumido, pode o Relator afetar este segundo HC, pelo poder regimental discricionário que lhe foi conferido. Em síntese: o Relator não está vinculado ao seu ato anterior, podendo agir casuisticamente, sem precisar manter uma razão isonômica. Também, não precisa realizar qualquer diferenciação para basear sua escolha em remeter ou não o remédio, pois, sendo a afetação feita por despacho, não há necessidade da distinção pela fundamentação (a fundamentação é o parâmetro para se aferir a isonomia dos atos judiciais)

Se não bastasse todo esse ambiente propício à violação da igualdade formal, fica vedado ao jurisdicionado resistir à decisão do Relator ou pelo menos exigir que sejam explicitados os motivos pelos quais seu HC foi afetado, pois, como se disse ao longo deste trabalho, contra despacho de afetação não cabe recurso.

Finalmente, o pior dos problemas é que, sendo o STF a Corte Suprema, não tem quem possa rever seus erros, se não por uma mudança do seu próprio entendimento. Pedimos licença para trazer uma citação que, apesar de longa, expõe

¹⁶³ *Ibidem*, p. 212.

com exatidão o problema:

Quando algum órgão do Poder Judiciário de primeira ou segunda instância julgar desigualmente aqueles que pela lei são iguais, tratando desigualmente os “iguais perante a lei”, comete um erro de aplicação do direito, que deverá ser corrigido pela instância imediatamente superior. Somente quando tal erro for cometido pelos tribunais superiores, sobretudo pelo STF, ou quando contra a decisão não couberem mais recursos a serem interpostos junto a tais tribunais, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade provocada pelo Judiciário em face do direito à igualdade (...)

Ainda não há, no Brasil, um sistema judicial no qual os precedentes em geral vinculam, a despeito das muitas inovações inseridas na legislação processual civil codificada. Em regra, não podem as decisões criar regras gerais. Assim, a única hipótese de violação do direito à igualdade, além daquela já apontada (erro de aplicação em última instância), é o caso da interpretação de conceitos legais indeterminados que aumentam a discricionariedade judicial, possibilitando uma violação perpetrada, originalmente, pelo exercício da atividade jurisdicional (...)¹⁶⁴

A nós parece que o art. 21, XI, RISTF, se tornou uma espécie de violação perpetrada da isonomia, uma vez que subtrai do ato de afetação o parâmetro de controle, além de tornar impossível a revisão do ato.

3.2 Definição da natureza da afetação

Como outrora afirmamos, o STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de que a diferença entre despacho e decisão interlocutória descansa na existência de conteúdo decisório e possibilidade de gravame as parte pelo ato judicial. Assim, ainda que um ato seja praticado sob a forma de despacho, tendo ele conteúdo decisório e possibilitando gravame, deverá ser encarado como uma decisão interlocutória, ou seja, o regime jurídico aplicado a este deverá ser de uma decisão judicial e não de ato de mero expediente.

Empreendemos uma investigação sobre qual seria a natureza da afetação de um HC, no âmbito do Supremo, a fim de determinarmos se existe conteúdo decisório ou gravame no ato. Nosso método foi à análise contrapondo os efeitos do ato e possíveis violações de direitos do impetrante/paciente decorrentes do mesmo.

Finalmente, chegamos à conclusão de que o ato fere o direito ao juiz natural, a

¹⁶⁴ MARTINS, Leonardo.p. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 236.

segurança jurídica e a isonomia, segundo a interpretação firmada. Portanto, não se pode encarar a afetação de HC como ato de mero expediente (despacho), mas como uma decisão interlocutória, pois tanto existe gravame quanto conteúdo decisório.

Esse entendimento não é casuístico, ou seja, não se resume a afetação realizada no bojo do HC 143.333/PR, mas pretende ser universal. Não é necessário que se verifique caso a caso se a afetação fere os princípios mencionados (ou outros), pois a interpretação do art. 21, XI, RISTF, dada pela corte, perpetua a violação. Lembramos que a simples possibilidade de causar dano já seria necessária.

Sem querer retornar a toda a argumentação, seremos diretos: o ato sempre ferirá o juiz natural, pois sempre haverá discricionariedade e subjetividade na decisão do Relator em remeter o HC ao Pleno ou mantê-lo na Turma (determinação da competência), uma vez que não está vinculado a nenhuma hipótese para praticar ou deixar de praticá-lo. Neste mesmo sentido, o ato sempre ferirá a segurança jurídica, pois não é previsível, acessível e nem estável.

Quanto à violação da igualdade (isonomia), vale observar que o que determina a sua quebra é um tratamento jurídico diferenciado para casos similares (em fatos e em direito), havendo a necessidade de um parâmetro comparativo. Este parâmetro, na decisão judicial, é a própria fundamentação (elemento de atos decisórios), pois é por meio dela que sabemos o que levou o juiz a decidir de certa forma em um caso e o que o levou a decidir de forma diferente em outro caso. É pela fundamentação que o juiz realiza o esforço argumentativo de diferenciação entre as demandas, justificando o tratamento diferenciado dado aos jurisdicionados que se poderia supor estarem em situações iguais. Quando a interpretação dada pela corte suprime o parâmetro comparativo, ao dispensar a fundamentação, viola o âmago do princípio da igualdade, pois impossibilita a aferição de possíveis agressões ao mandamento. Supor que não se pode constatar a violação da isonomia por não se ter o parâmetro capaz de nos indicar tal monta é criar um sistema de burla, no sentido de que, para não desobedecer diretamente o princípio, basta afastar as condições necessárias de investigação. Afastar o parâmetro de comparação é violar o princípio da igualdade.

Adiantando-nos, esclarecemos um enfrentamento que certamente nos será

posto: nosso entendimento também se aplicaria ao art. 22, RISTF, de forma a afirmar que o dispositivo também violaria o juiz natural, segurança jurídica e a isonomia (ou teria potencial para tal). Destarte, cabe-nos sustentar que o art. 22, RISTF, não é o objeto do nosso trabalho e que dele só retiramos aquilo que julgamos importante para nossa discussão quanto ao art. 21, XI, RISTF. Somado a isto, o entendimento sobre o art. 22 não afeta em nada o entendimento sobre o art. 21, XI, em outros termos, reconhecer que o art. 22 não se coaduna plenamente com a ordem constitucional, em nada interfere na conclusão que chegamos do art. 21, XI. Todavia, buscando sempre a transparência de nossas ideias, é justo que demos uma resposta a questão, ainda que de forma sintética, pois, reafirmamos, nosso objeto é outro.

Apesar do art. 22, RISTF, trazer hipóteses claras de quando o Relator pode exercer o poder de afetar as ações em geral, excetuadas as de HC, quando o parágrafo único do dispositivo deixa ao arbítrio do Relator a remessa ao Pleno em caso de divergência entre os órgãos fracionários ou entre qualquer dos órgãos e o Pleno e, finalmente, em razão da relevância da questão jurídica a ser apreciada; um desconforto se apresenta. O caput do art. 22 vincula o Relator que deve afetar ações em que tratem de relevante arguição de inconstitucionalidades, mas o parágrafo único, em suas alíneas, abre somente uma faculdade. De fato, apesar de apresentar um grau menor de subjetividade no poder do Relator, pois as hipóteses estão descritas, não a afasta por completo e isso não garante respeito aos princípios constitucional. É fato que a determinação da competência ainda fica a mercê da subjetividade do Relator, no caso das alíneas, o que também fere o juiz natural. Por sua vez, o mesmo parágrafo único fere a segurança jurídica ao criar um direito imprevisível e instável, não contribuindo com o dever imposto aos tribunais para que uniformizem sua jurisprudência. Por último, a isonomia também é maculada, uma vez que se possibilita o tratamento desigual, permitindo que o Relator possa afetar uma ação e não afetar outra que trate das mesmas questões de fato e de direito. Enfim, não é possível uma análise completa do art. 22, pois a decisão do Pleno não tratou diretamente do dispositivo, cuidando apenas de maneira paralela, o que não nos permite afirmar o entendimento da corte sobre o comando regimental.

Retornando a natureza da afetação, dando mais corpo ao nosso entendimento, é preciso que destaquemos que reconhecer o instituto como despacho cria uma

contradição dentro da própria corte, pois ao se tratar das Turmas, sempre se realizou a remessa por meio de decisões, independente de se tratar de HC ou de ações de outra natureza; tanto antes da nossa decisão paradigmática (RHC 83810/RJ, HC 80564/RJ, HC 80810/RJ, HC 101284/MG, HC 101.985/RJ, HC 85894/RJ, RE 275480/PR, RE 206069/SP) quanto depois (HC 164593 AgR /AM, HC 110884/MS). Não existe diferença essencial entre a afetação realizada pela Turma ou pelo Relator (fora o sujeito quem pratica), razão pela qual se percebe certa confusão na corte, sendo necessário rever o entendimento sobre o art. 21, XI, RISTF.

Assim, concluímos afirmando, uma vez mais, a natureza do ato de afetação, praticado segundo a interpretação do Pleno no HC 143.333/PR, qual seja: decisão interlocutória.

CAPÍTULO 4 - ANÁLISE SOBRE A COSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO E BUSCA POR UM CRITÉRIO PARA O USO DA AFETAÇÃO DE HABEAS CORPUS.

É bom advertirmos o leitor de que o objetivo deste capítulo é bem diferente do que fizemos até este ponto. Inicialmente, apresentamos o dever de fundamentação das decisões judiciais e relacionamos a norma constitucional dispositiva sobre o tema frente ao Supremo Tribunal Federal. Após, expusemos o julgamento do HC 143.333/PR e a tese assentada pelo Pleno de que a afetação de HC é um poder discricionário do Relator, sendo prescindível a fundamentação, pois a natureza do ato é de despacho. Empreendemos a investigação da natureza jurídica do ato e concluímos, em discordância com a tese majoritária, de que a afetação de HC se trata de verdadeira decisão interlocutória.

Trataremos, então, de analisar a repercussão constitucional da interpretação dada ao art. 21, XI, RISTF, em que pese que, em alguns pontos, passaremos por temas já abordados, mas agora focados, não mais em definir a natureza jurídica do ato, mas na (in)constitucionalidade do mesmo. É o que faremos a partir deste momento.

Não é surpresa o fato que já constatamos algumas violações a carta política, porém, é preciso que tenhamos uma visão mais ampla do desacordo da decisão com a ordem constitucional, a fim de que possamos determinar – se for possível – quais as violações que, se sanadas, podem trazer de volta a harmonia entre a corte e a carta magna.

4.1 Repercussões constitucionais

A constitucionalização do direito é um fenômeno que pressupõe dois movimentos: o de levar para dentro das constituições temas que não são materialmente constitucionais, de diversos ramos do direito; e o de trazer uma leitura constitucional para todos os ramos do direito, para o direito infraconstitucional, em

uma espécie de emanção constitucional¹⁶⁵. Dessa forma, pela presunção de constitucionalidades das leis, é preciso sempre lê-las de modo a lhes retirar um conteúdo compatível com a carta magna e, só na impossibilidade, declarar sua inconstitucionalidade. Esse é o dever do aplicador do direito.

Não obstante a esse dever, ao dar interpretação ao art. 21, XI, RISTF, a Suprema Corte atribuiu um sentido inconstitucional ao dispositivo como se constitucional fosse. A interpretação é inconstitucional em vários aspectos, nos possibilitando organizar um elenco de inconstitucionalidades a partir das violações que se retira da tese assentada.

As primeiras violações já foram bastante trabalhadas no capítulo anterior, o que nos deixa a vontade para somente elencá-las, remetendo o leitor aos tópicos 3.1.1, 3.1.2 e 3.1.3; caso não tenha feito a leitura ordenada deste trabalho. São violações ao princípio do juiz natural, segurança jurídica e igualdade (isonomia).

Em decorrência da constatação das violações que expomos no parágrafo anterior, concluímos que a afetação do HC, segundo a interpretação dada pela corte, tratava-se de decisão interlocutória. Um efeito a ser retirado desse entendimento é que a decisão de afetar deve ser fundamentada, conforme exige a norma do art. 93, IX, CRFB. O entendimento da corte foi frontalmente contra o dispositivo e determinou que a fundamentação seria dispensável para o ato, ao entender erroneamente que a natureza do ato seria de despacho. Desta forma, a interpretação viola o art. 93, IX, CRFB, pois afasta o dever de fundamentação de uma verdadeira decisão judicial.

Aceita a premissa de que a natureza jurídica da afetação do HC é de decisão judicial, podemos, em decorrência disso, apontar, também a violação dos princípios constitucionais processuais: contraditório, ampla defesa (ambos se encontram positivados no art. 5, LV, CRFB) e devido processo legal (art. 5, LIV, CRFB). Não tratamos da violação destas garantias no capítulo anterior por uma questão de método, pois, antes de indicarmos o desrespeito aos referidos princípios, era *mister* que concluíssemos pelo erro da corte ao atribuir uma natureza jurídica falsa a afetação dos

¹⁶⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos De Trabalho. 2.ed.1. reimp. Belo Horizonte. Fórum, 2016, p. 44

HCs. Expondo de outro modo: só se pode dizer que o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal são violados quando se conclui que a remessa do remédio constitucional é uma decisão interlocutória, o que só fizemos de maneira definitiva no final do capítulo anterior. Todavia, agora, que estamos a apontar o universo de inconstitucionalidades que a interpretação do Pleno causa, julgamos oportuno acrescentar as ditas violações, sem, contudo, nos excedermos nas delongas teóricas para conceituação das, já enunciadas, garantias constitucionais.

Já na moderna visão de contraditório, podemos conceituá-lo como a possibilidade da parte em influenciar em todos os passos processuais relevantes para o processo, contribuindo para as decisões judiciais¹⁶⁶. Não se resume a uma resposta perante ato da parte contrária, mas também se presta a enfrentar atos judiciais. Os art. 9¹⁶⁷ e 10¹⁶⁸, CPC, ampliam a visão do instituto e fundam o contraditório efetivo. Sendo a afetação do HC uma decisão interlocutória, exige o princípio do contraditório que a parte possa se manifestar em face do ato, ainda que seja um ato praticado de ofício pelo juiz, pois, como expusemos, existe gravame a parte.

Por sua vez, a ampla defesa deve “envolver todos os elementos necessários para a atuação das partes ao longo do processo em sua inteireza (...)”¹⁶⁹. É uma garantia que se verte em diversos direitos, fundamentalmente voltados a participação e conhecimento da parte de todos os atos processuais, possibilitando sua defesa plena, por meio da exigência da correição dos atos e da impugnação daquilo que lhe gere prejuízo. Sem ser necessário longos esclarecimentos, já constatamos que um dos efeitos de se entender a afetação como decisão judicial é a possibilidade de enfrentá-la com recurso – no caso, seria um agravo regimental, levando a decisão para o Pleno –, o que não é possível enquanto a tratar como despacho.

¹⁶⁶ FRIEDE, Reis. Do Princípio Constitucional do Contraditório: Vertentes Material e Formal (à Luz da Evolução Jurisprudencial e Legislativa do Regramento Processual Civil). Revista Justitia, São Paulo, v. 204/205/206, p. 217-230, Jan./Dec. 2013-2014-2015, p. 218. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_justitia/index.php/Justitia/article/view/79>. Acesso em: 16 jun. 2020.

¹⁶⁷ “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

¹⁶⁸ “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹⁶⁹ JOBIM, Marco Félix. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.647

Por último, também temos uma violação ao devido processo legal. Este princípio é bastante amplo, abarcando as garantias processuais constitucionais e determinando a necessidade de um prévio procedimento legal, que aplique estas garantias, para legitimar a interferência estatal na propriedade ou na liberdade de um indivíduo¹⁷⁰. Já listamos inúmeros direitos violados pelo regime adotado para a afetação de HCs (como o contraditório e a ampla defesa, por exemplo), o que demonstra também a quebra do devido processo legal.

Ainda podemos encontrar mais outra inconstitucionalidade, qual seja a extrapolação da limitação trazida pelo art. 96, I, a, que diz:

Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

O dispositivo traz uma faculdade e uma limitação na mesma norma. Garantindo aos tribunais exercer função atípica de elaborarem seus regimentos internos, veda, ao mesmo tempo, que estes contenham normas que desrespeitem o sistema e as garantias processuais das partes. O regimento tem natureza de lei e, obviamente, deve passar pelo filtro de constitucionalidade. Ora, o que viemos demonstrando até aqui é que a decisão do Supremo deu ao art. 21, XI, RISTF, uma interpretação, ou seja, determinou seu comando, que ofende a diversos direitos processuais do paciente/impetrante. Nesta esteira, o poder dado pela Constituição de elaborar o regimento foi exercido fora dos limites constitucionais, gerando evidente inconstitucionalidade.

Nossa quadro está formado. Perceba que há uma relação de interdependência que gera as inconstitucionalidades, como que um “efeito dominó”. Vejamos: I- o fato de a afetação violar (ou ter potencial para tal) o juiz natural, segurança jurídica e isonomia, aponta sua natureza decisória, não nos deixando alternativa se não entender que o ato tem natureza de decisão interlocutória; II- o fato de entender a afetação como uma decisão judicial nos conduz a violação do dever de fundamentação das decisões judiciais, uma vez que a corte afastou essa necessidade; III- Por sua vez,

¹⁷⁰ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios Processuais Constitucionais*. Salvador: *JusPODIVM*, 2016, p. 133

tanto a atribuição de natureza de decisão interlocutória quanto à falta de fundamentação conduzem a violação dos princípios constitucionais processuais; e IV- finalmente, todas as violações anteriores, resultam, também, no desrespeito ao limite constitucional imposto ao poder de elaborar regimentos internos, qual seja o de assegurar os direitos e garantias processuais das partes.

Buscando reestabelecer a ordem constitucional, nos debruçaremos em procurar um critério que, aplicado à regra especial da afetação, possa conformar o instituto com a Constituição. Advogaremos a tese de que dois elementos, se agregados, sanam estes problemas: o estabelecimento de hipóteses vinculantes para a remessa (retirando a subjetividade do Relator) e a adoção de um regime de decisão judicial ao ato.

O estabelecimento de hipóteses vinculantes, pré-estabelecidas, afastam as violações ao princípio do juiz natural, a segurança jurídica e a isonomia. Sanadas as violações perpetuadas desses princípios, todavia, subsiste a natureza decisória do ato, pois é nítido que não se trata de mero impulso processual, guardando possibilidade de prejudicialidade a parte. No atual entendimento, a afetação fere os princípios, porém, assumindo hipóteses vinculantes e pré-estabelecidas, a violação presente cessa, mas permanece a possibilidade de gravame a parte pela remessa. Por sua vez, a adoção de um regime de decisão judicial afasta as agressões ao dever de fundamentação e aos princípios constitucionais processuais. Finalmente, agregados esses dois critérios, as garantias processuais das partes estariam asseguradas, razão pela qual não se poderia entender que o regimento foi além da previsão constitucional.

4.2 Primeiro critério para utilização da regra especial da afetação em harmonia com a Constituição: hipóteses vinculantes.

Neste ponto tentaremos dar mais um passo em nossa empreitada. Poderíamos simplesmente ter mostrado o equívoco da decisão do Supremo e a cadeia de inconstitucionalidades que esta gerou, apontando a inconstitucionalidade do art. 21, XI, RISTF. Todavia, prestando homenagem ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis – que determina que, antes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o Poder Judiciário deve buscar

todas as interpretações possíveis, desde que coerentes¹⁷¹ – não nos deteremos em tão pouco, mas procuraremos encontrar um critério para o uso constitucional do instituto. Isso se dá, porque não nos parece que o instituto seja inconstitucional, mas, sim, que a interpretação dada ao dispositivo é que carrega tal atributo.

O ministro Marco Aurélio trouxe um critério, invocando a interpretação sistemática: que o art. 21, XI, RISTF, deve ser lido à luz do art. 22, RISTF, ou seja, que as hipóteses da regra geral da afetação sejam aplicadas também a regra especial – na verdade, com esta interpretação, se busca o não reconhecimento da diferenciação em regra geral e especial, mas uma unificação do instituto sob o mesmo regime. Acatado este critério, se está a reconhecer que o regimento foi redundante ao trazer o art. 21, XI, RISTF, pois o art. 22 já englobaria este comando, esvaziando a norma que trata do HC.

Não consideramos que o critério trazido pelo ministro seja o melhor para aplicação ao caso, por a) fazer do art. 21, XI, letra morta; e b) devido ao art. 22 não guardar plena harmonia com a Constituição (ver item 3.2, do capítulo 3, deste trabalho). Parece-nos óbvio que o regimento do tribunal realmente quis dar tratamento diferenciado ao HC em face das demais ações, no tocante a afetação. Entendemos salutar a diferenciação entre norma especial e norma geral dada a importância do remédio, contudo, a interpretação conferida ao dispositivo foi demasiadamente extensiva. Todavia, caminhou bem o ministro ao invocar uma interpretação sistemática do instituto, mas, a nosso ver, soma-se a esta uma necessária interpretação teleológica-objetiva.

A interpretação sistemática consiste em considerar que cada norma jurídica não deve ser interpretada isoladamente, mas considerando todas as demais¹⁷². Assim, uma norma não pode ser lida a revés de outras que com ela se relacionam e do sistema em que está inserida. A ideia é de unidade das normas e isso pode ser encarado em dois planos: primeiramente deve existir unidade interna e, conseguinte,

¹⁷¹ MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 1 ed.. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 466.

¹⁷² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 419.

unidade externa¹⁷³.

Por unidade interna, se entende que, dentro do mesmo diploma jurídico, as normas devem ser interpretadas como um todo, não bastando a si mesmas de forma isolada. Um exemplo são as regras de exceções: se existem duas regras que aparentemente colidem, lançando mão da visão sistemática, possivelmente poderá se perceber que um dispositivo traz uma regra geral e o outro uma exceção a essa regra geral. Se fossem encaradas isoladamente, teríamos um diploma que conflita dentro de si mesmo.

Por outro lado, quando através do método de interpretação sistemática (externa) se busca a unidade dos diplomas normativos, se está operando em um âmbito menos restrito; se opera em todo ordenamento. Todo o ordenamento deve falar a mesma língua e todos os diplomas normativos têm, ainda que indiretamente, seu fundamento na Constituição. Logo, um diploma normativo (ou uma norma deste) deve ser lido em consonância com outros diplomas, sempre procurando harmonizá-los, mas, principalmente, um ato normativo deve ser lido à luz da Constituição; afinal, caso desacorde com esta, estaremos diante do fenômeno da inconstitucionalidade.

Por sua vez, a interpretação teleológica, nas palavras de Luiz Roberto Barroso, busca “revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito.”¹⁷⁴. Neste método, o intérprete extrai da norma qual a finalidade que esta se presta, qual seu espírito, o que busca aquele comando. Esse método interpretativo afasta, por vezes, uma leitura literal das normas para investigar o seu objetivo, ou seja, o que pretende ser alcançado por aquela norma.

Fazendo uso conjugado destes dois métodos interpretativos, é possível alcançar um critério mais sólido e coerente para nossos fins. Quando invocou a interpretação sistemática, quis o Ministro Marco Aurélio defender que, no sistema do Regimento Interno, a norma do art. 21, XI, deu poder ao Relator para afetar o HC, deixando, todavia, para o art. 22 as hipóteses em que se condicionaria o ato. Ora, se

¹⁷³ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. rev- São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140-143. Apesar de falar da unidade da Constituição, a lógica se aplica a qualquer norma.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 143.

assim fosse, o art. 21, XI, deveria enumerar todas as ações que o Relator teria poder para afetar e do art. 22 só se extrairia o regime em que seriam possíveis as remessas. Desse jeito, o art. 21, XI, seria o fundamento para a afetação de todas as ações e não só do remédio. Não é assim que a corte entende a relação entre as normas. Quando os ministros afetam uma ação, que não um HC, o fazem com base unicamente no art. 22 e não no seu predecessor, de forma a restar claro que este dispositivo é também fundamento de afetação e não só traz o regime pelo qual pode ser praticado o ato. Não fazendo menção as hipóteses do art. 22, não se pode submeter o art. 21 a elas. Ao apartar o HC das demais ações, se cria um regime diferente para o remédio constitucional, ou seja, o art. 21, XI, é fundamento de afetação do HC e regime para tal; da mesma forma que funciona o art. 22 para as demais ações. Em outras palavras, retornamos a noção de regra geral e regra especial. Assim, se estabelece a unidade interna do RISTF.

Ainda utilizando o método sistemático, mas, dessa vez, em prol de perseguir a unidade externa do RISTF com todo o ordenamento, chegamos à outra conclusão. Se pela unidade interna, entendendo que o art. 21, XI, RISTF, é fundamento e hipótese de afetação, concordamos com a tese majoritária; pela unidade externa, abrimos divergência. Aqui não trazemos nada de novo, mas apenas reafirmamos que, apesar do dispositivo silenciar, há necessidade de se estabelecer as hipóteses para o exercício do poder de remeter HC ao Pleno. Há de ser assim, pois a Constituição obriga o respeito ao princípio do juiz natural, segurança jurídica e isonomia; os quais são necessariamente violados caso não hajam hipóteses pré-estabelecidas. Se o dispositivo cala sobre o assunto, a leitura conforme a Constituição grita por essa necessidade. Logo, a leitura dada pelo Pleno do art. 21, XI, falha na unidade externa, exigido pelo método interpretativo sistemático.

O método teleológico nos leva a refletir qual o fim do instituto da afetação. O que pretendeu a norma do art. 21, XI, ao possibilitar que um HC fosse levado ao tribunal Pleno em vez de ser mantido na Turma? Para que possamos ter êxito nesta busca, precisamos avaliar o instituto nas suas diversas previsões, dentro e fora do regimento interno, a fim de colher o que lhe é essencial e descartar o que for accidental. Diz o art. 11, do RISTF:

Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta: i – quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento; ii – quando, não obstante decidida pelo Plenário, a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame; iii – quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula.

Parágrafo único. Poderá a Turma proceder da mesma forma, nos casos do art. 22, parágrafo único, quando não o houver feito o Relator.¹⁷⁵

É bom rememorarmos o art. 22 que, por sua vez, diz:

O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

- a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário;
- b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.¹⁷⁶

Percebemos duas funções básicas das afetações regimentais: pacificar a jurisprudência do tribunal, em divergências já existentes entre seus órgãos (art. 22, “a”) ou mesmo prevenir que se instalem (art. 22, “b”) e buscar o pronunciamento do Pleno em questões de maior relevância (art. 22, “b”), principalmente, quando se tratar de arguição de inconstitucionalidade (art. 11, I e 22, caput). Todas essas funções da afetação também se manifestam no uso do instituto pela Turma, conforme previsão do parágrafo único, do artigo 11. Todavia, o artigo citado trás uma função singular: revisão de jurisprudência e teses fixadas. Esse poder de incitar uma revisão pelo Pleno só foi dado as Turmas.

Aventurando-nos fora do regimento do STF, encontramos, no código de processo civil, dois fenômenos que utilizam afetação e que merecem nossa atenção: Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos e Incidente de Assunção de Competência. Uma vez mais ressaltamos que nosso objetivo é reunir as características essenciais do instituto, sem ignorar que, conforme o fenômeno no qual se manifeste, sempre haverá particularidades que não são compartilhadas e que, por isso, não as abordaremos. De igual modo, pedimos licença para apresentar os citados fenômenos da forma mais breve possível, pois importa para este trabalho entender como fazem

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018, p. 25. Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso: 18 jun. 2020.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 38.

uso da afetação e não os fenômenos em si.

O Julgamento de Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos (art. 1036 e ss, CPC) consiste em, havendo multiplicidade de recursos extraordinários (*lato sensu*), com igual questão de direito, selecionar recursos paradigmas e encaminhá-los ao tribunal superior respectivo, a fim de que este firme a tese a ser aplicado nos demais recursos repetitivos, de forma que os próprios tribunais de segunda instância possam aplicá-las, evitando que todos os pleitos cheguem aos tribunais superiores. Desse modo, a afetação aqui ocorre entre dois tribunais: um tribunal ordinário (juízo *a quo*) e um tribunal superior (juízo *ad quem*). A competência para afetar é do Relator do tribunal ao qual os recursos-padrão foram encaminhados (art. 37, caput, CPC), sendo o presidente do tribunal de segundo grau, por sua vez, competente para esta seleção e também lhe cabendo sobrestar o julgamento dos demais recursos que tratem de igual questão de direito, sob sua jurisdição (art. 1036, §2º). A suspensão será ampliada para nível nacional pelo Relator do tribunal *ad quem* por ocasião do proferimento de decisão de afetação (art. 37, II, CPC) . A tese firmada pelo Tribunal Superior tem força de precedente (art. 927, III, CPC).

Esta técnica de julgamento, através da afetação, tem por finalidade, em primeiro lugar, ser uma ferramenta de trabalho, a fim de evitar sucessivas ações nos, já abarrotados, tribunais superiores¹⁷⁷. Há de ser destacado também que o comando do artigo é cogente, não restando opção aos presidentes dos tribunais se não proceder na forma do comando, caso haja multiplicidade de recursos com a mesma questão de direito¹⁷⁸. Dando um passo além, Humberto Theodoro, ao comentar o art. 1036, CPC, preleciona outros objetivos, além do já citado, conforme se lê:

(...) esse mecanismo, entre outros objetivos (v.g., os resguardados pelos princípios de economia e celeridade processual, bem como os da segurança jurídica e da confiança), intenta implantar uniformidade de tratamento judicial a todos os possíveis litigantes colocados em situação igual àquela disputada no caso-padrão.¹⁷⁹

A assunção de competência (947 e ss, CPC), por sua vez, é a afetação de um

¹⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil anotado. 20. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2016. n.p

¹⁷⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p.1834.

¹⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, *Op. cit.*, n.p.

recurso, de uma remessa necessária ou de uma ação de competência originária que envolva relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem que haja repetição em diversos processos (art. 947, caput, CPC) pelo Relator ao órgão colegiado do tribunal (art. 947, §2º, CPC), responsável por determinar o entendimento vinculante horizontalmente e verticalmente (art. 947, §3º, CPC). É um deslocamento de competência interna no tribunal (que pode ser ordinário ou superior), onde se privilegia o julgamento do Plenário em face do órgão fracionário. A decisão também forma um precedente (art. 927, III, CPC).

O objetivo deste procedimento é, através da afetação, buscar no órgão Pleno a formação de precedente ou jurisprudência vinculante, cuidando pela prevenção ou composição de divergências entre os órgãos do tribunal (art. 947, §4º)¹⁸⁰, evitando a imprevisibilidade do sistema processual e a insegurança jurídica¹⁸¹ Não só isso, mas também se tem por finalidade buscar pronunciamento do colegiado maior sobre questões mais relevantes, com grande repercussão social, em que o tema exceda o interesse das partes daquele processo, exigindo um tratamento jurisdicional uniformizado¹⁸². Mais uma vez, recorrendo à doutrina de Humberto Theodoro, nos valem do seu comentário ao art. 947, CPC:

O incidente mostra-se em consonância com o espírito do NCPC de uniformizar a jurisprudência, a fim de garantir a segurança jurídica e a previsibilidade da interpretação do ordenamento jurídico vigente no país, evitando que matérias semelhantes sejam decididas de forma conflitante nos diversos tribunais.¹⁸³

Tracemos, agora, um apanhado daquilo que é comum no uso da afetação entre todos estes fenômenos e institutos. É certo que cada fenômeno se presta a uma finalidade, mas também é nítido que sempre que um instituto usa da afetação se está

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3 ed. rev.; atual e ampl – São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017, p. 1024

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Assunção de Competência no Resp. Nº 1.604.412 – SC. Rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Voto, p. 6. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69061566&num_registro=201601251541&data=20170213&tipo=51&formato=PDF>. Acessado em 24 de maio de 2020.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Assunção de Competência no Resp. nº 1.303.374 – ES. Rel. ministro Luís Felipe Salomão. Voto, p. 8. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72825175&num_registro=201200075421&data=20170801&tipo=91&formato=PDF>. Acessado em 24 de maio de 2020.

¹⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Vol. III. 51 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 845.

buscando algumas finalidades específicas: I- uniformização da jurisprudência do tribunal, prevenindo ou pacificando posições divergentes entre os órgãos fracionários (ou entre tribunais ordinários, no caso dos recursos extraordinários repetitivos), a fim de garantir segurança jurídica, isonomia e previsibilidade do direito (art. 11, parágrafo único c/c art. 22, parágrafo único, “a” e “b”, ambos do RISTF; art. 947, §4º, CPC; art. 1.036 e 1.039, CPC); II- pronunciamento do Pleno (órgão especial) em questões de alto relevo social ou jurídico, a fim de se evitar instabilidade social e institucional e dar mais força a decisão (art. 11, I, RISTF; art. 22, caput, RISTF; art. 947, caput, CPC); III- técnica de trabalho, voltada a criar precedentes (decisões vinculantes), com o objetivo de se evitar que diversas ações com a mesma questão de direito tenham que ser levadas a julgamento (art. 11, I e parágrafo único, RISTF c/c art. 927, V, CPC; art. 22, RISTF c/c art. 927, V, CPC; art. 947, §3º c/c art. 927, III, ambos do CPC; art. 1039 c/c art. 927, III, ambos do CPC).

Desta maneira, através de uma interpretação sistemática e teleológica em face do instituto da afetação, julgamos mais adequado interpretar o art. 21, XI, RISTF, de maneira que o Relator deva afetar o habeas em determinadas hipóteses, que reuniremos a partir das finalidades que encontramos.

Primeiramente, o Relator deve afetar o HC para prevenir divergência entre as Turmas. Esta hipótese só pode ser considerada se restar demonstrado que a ação versa sobre tema com alto relevo social e/ou jurídico, de forma que a possível divergência entre os órgãos geraria instabilidade social, jurídica e mesmo institucional. Do contrário, qualquer ação poderia ser afetada, pois sempre há a possibilidade dos órgãos fracionários adotarem posições distintas. Nesta hipótese também se encaixa a relevante arguição de inconstitucionalidade, afinal a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo sempre é capaz de gerar instabilidade jurídica e social.

Uma segunda hipótese em que o Relator deve afetar o HC é no caso de divergência já existente entre as Turmas. Nesse caso há de se demonstrar que os órgãos fracionários tem entendimento assentado e divergente, ou seja, que já exista jurisprudência e não simples decisões isoladas.

E, por fim, restando como terceira hipótese, o Relator deve afetar o HC

quando a ação tenha relevante questão social e/ou jurídica, ainda que não seja capaz de causar divergência entre as Turmas, mas que convenha o pronunciamento do Pleno a fim de garantir mais legitimidade e força a decisão, pacificando o furor social. Novamente, também, aqui se adéqua questões envolvendo arguição de inconstitucionalidade. Essa hipótese se mostra a mais vaga e obrigaria ao Relator demonstrar um impasse social em torno da questão.

Um leitor mais atento poderia concluir que, apesar de afastar a interpretação do art. 21, XI a luz do art. 22, acabamos por encontrar, por outros métodos interpretativos, as mesmas hipóteses do art. 22, do regimento interno. Essa afirmação está parcialmente equivocada. Por um lado, é verdade que as hipóteses que trouxemos se enquadram no art. 22, todavia, por outro lado, nos afastamos da interpretação, dado o disposto no parágrafo único do dispositivo, de que é facultativa a afetação no caso de prevenção e pacificação de divergência entre as Turmas (ou entre as Turmas e o Plenário). Como já afirmamos neste trabalho, nestes termos o artigo 22, RISTF, se afasta do dever atribuído aos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, trazida pelo art. 926, CPC. Havendo divergência ou possibilidade de que haja, o Relator deve obrigatoriamente afetar o HC, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e igualdade (isonomia), todos protegidos pela uniformização da jurisprudência.

Este é o primeiro critério para uma leitura constitucional da regra especial de afetação: a determinação de hipóteses que vincule o Relator para praticar o ato e que o impeça de praticá-lo, caso não se encontre dentro do permissível.

4.3 Segundo critério para utilização da regra especial da afetação em harmonia com a Constituição: regime decisório

Tendo natureza decisória, dois principais efeitos devem, em regra, decorrer do ato de afetação de HC: a obrigatória fundamentação e a possibilidade de enfrentamento por recurso.

Quanto à fundamentação, fica clara sua imprescindibilidade, pois, para que o Relator exponha os pressupostos permissivos que autoriza o deslocamento de competência, é necessário que realize a subsunção do caso concreto a hipótese

cabível. Não basta afirmar existir relevante arguição de constitucionalidade ou questão jurídica, é preciso mostrar a relevância; não basta dizer que há divergência entre os órgãos do tribunal, é preciso que se exponham quais os entendimentos desses órgãos e porque colidem. Enfim, a lógica do instituto exige fundamentação.

Quanto à possibilidade de enfrentamento recursal, existem exceções a esta regra. Segundo já expomos, nem toda decisão é passível de ser enfrentada por recurso (a decisão que admite *amicus curiae*, por exemplo, segundo art. 138, caput parágrafo 1º, CPC). O art. 305, RISTF, afasta a possibilidade de recurso contra a deliberação da Turma ou Relator que remeter ação ao Plenário. Foi uma opção do regimento, mas percebemos aberturas para interposição de recursos em outros momentos que logo destacaremos.

Entendemos pela possibilidade da parte solicitar a remessa ao Relator¹⁸⁴ e, caso o instrutor do processo negue o pedido, aqui vemos a possibilidade de recurso. O RISTF diz que não cabe recurso da decisão que levar os processos ao Pleno, mas não diz nada sobre a decisão que negar submeter o processo ao mesmo. É óbvio que nossa visão precisar ser nesse sentido, pois não entendemos ser a submissão ao Colegiado Maior facultativa, mas uma obrigação, um direito subjetivo da parte, garantindo a uniformização da jurisprudência do tribunal, bem como a segurança jurídica, a isonomia e o juiz natural.

Caso a parte solicite, obviamente já peticionará com os fundamentos que entendem presentes para a submissão, mas, sendo do Relator a iniciativa, é preciso que se abra a parte a possibilidade para se manifestar, garantindo o contraditório efetivo e respeitando a não-surpresa¹⁸⁵.

Uma questão ainda se mostra relevante: a vinculação do Plenário por ocasião

¹⁸⁴ No RMS 27920, a parte solicitou a instauração de questão de ordem, pedindo a remessa do pleito ao Pleno. Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 27920. Rel.: Ministro Eros Grau. Petição. 2009. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2666472>>. Acesso: 17 jun. 2020.

¹⁸⁵ Diz Marco Félix Jobim sobre a não-surpresa: “Ainda em relação a questões que possam ser solucionadas de ofício pelo juiz (v.g., pressupostos processuais, condições da ação, nulidades absolutas), a decisão deve ser tomada só depois de ouvidas as partes a respeito, de forma a não lhes causar surpresa, como já trabalhado alhures com a previsão constante no art. 10, o que modifica, inclusive, a forma de se pensar o princípio do *iuri novit curia*, posto que a parte tem o direito de influenciar o juiz não só na matéria fática, mas jurídica de igual forma”. JOBIM, Marco Félix. *Op. cit.*, p. 466.

da afetação do Relator, ou, em outros termos, a obrigatoriedade do órgão especial de julgar o remédio afetado. O regimento é silente quanto a isso, mas, por uma questão de hierarquia e estrutura, não pode um Relator obrigar o órgão máximo a nada. Nisto, o instituto da assunção de competência caminha bem quando diz que o órgão colegiado decidirá se julgará, caso reconheça cabível (art. 947, §2, CPC). Apesar de não existir previsão regimental, no HC 143.333/PR (que analisamos neste trabalho), o Ministro Édson Fachin trouxe como preliminar o cabimento da afetação, podendo o colegiado ter entendido por rejeitá-la. Fica claro que o Pleno pode decidir não julgar a ação, caso entenda que esta não cumpre os pressupostos que exige a remessa. O problema é que não existe um sistema pensado para esta questão. Após afetar o processo, reunir o Pleno para se deliberar se é caso de julgar ou não no colegiado, realmente não contribui para uma prestação de jurisdição célere, dando voz à crítica do Ministro Gilmar Mendes¹⁸⁶.

É preciso que se adote um sistema que garanta autonomia ao Pleno para decidir julgar a remessa, sem que com isso se fira o direito a um processo célere. Uma solução seria submeter à afetação para julgamento do Plenário virtual (necessitando haver sua inclusão no art. 21-B, §1º, RISTF), determinando se a ação permanece no Pleno ou se retorna a relatoria (que deverá submetê-la ao órgão fracionário competente).

Dessa forma, diante do silêncio do regimento interno, julgamos possível a adoção deste regime decisório frente à afetação, sendo este o segundo critério a ser adotado para que o instituto seja compatibilizado com a Constituição.

4.4 Afetação x incidente de assunção de competência

Julgando ter finalizado nosso simplório empreendimento, uma última e curta observação tem de ser feita. Para os mais atentos, pode ter ficado a impressão de que a afetação regimental e o incidente de assunção de competência são, basicamente, o

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.333/PR. Rel.: Ministro Edson Fachin. Plenário. Inteiro teor do Acórdão. 2018. p. 72. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339756909&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

mesmo instituto, porém com previsão em diplomas diferentes. A nós restou a mesma impressão. Ambos os institutos regulam o mesmo fenômeno, com basicamente as mesmas hipóteses (se comparado o IAC com o art. 22, RISTF).

Teria-nos poupado o trabalho de redigir o tópico 4.2 e 4.3, deste capítulo, assumir uma leitura do art. 21, XI, RISTF, a partir do Incidente de Assunção de Competência, pois este último já tem hipóteses pré-estabelecida e a afetação realizada no seu bojo tem natureza de decisão.

Na já visitada ADI 1105-7/DF¹⁸⁷, o Ministro Paulo Brossard asseverou que a Constituição garantiu ao Poder Judiciário independência para se estruturar, através do seu regimento interno. Essa previsão (art. 96, I, a, CRFB) é uma manifestação do princípio da separação dos poderes. Assim, na taxonomia das normas jurídicas, o regimento interno tem natureza de lei. Dessa forma, no conflito entre regimento interno e lei que discorram sobre o mesmo tema, não há um diploma que prevaleça sobre outro, mas, a depender do campo temático, um diploma tem exclusividade sobre o outro. No conflito, caso se determine que o assunto tratado é processual, cabe exclusivamente a lei regulamentar. Por outro lado, se o assunto for organização interna, o regimento é quem tem competência para regular. Se o regimento tratar de processo ou garantia processual, incorre em inconstitucionalidade por violar os limites da delegação constitucional. Se a lei tratar da organização interna do Poder Judiciário, esta é que estará incorrendo em inconstitucionalidade por violar a separação dos poderes.

Difícil concluir de maneira diversa da que entende que, ambos os institutos regulando matérias iguais, ou o regimento tratou de matéria processual ou o CPC se imiscuiu na organização interna dos tribunais. Entendendo por um ou outro caso, existe uma inconstitucionalidade. Deslocamento de competência é matéria processual e não de organização interna dos tribunais, o que já demonstramos asseverando a gama de garantias das partes que podem ser violados em decorrência da afetação.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 1105 – DF. Rel.: Ministro Paulo Brossard. Plenário. Acórdão/Voto. 1994, p. 208-235 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346827>>. Acesso: 18 jun. 2020.

Contudo, tendo o STF introduzido o IAC em suas competências (2017)¹⁸⁸ e sendo o julgamento sobre a afetação regimental posterior a este fato (2018), parece que se concluiu pela compatibilização de ambos os institutos. Diante disso, entendemos que prestaríamos um melhor serviço cuidando de apresentar soluções para sanar os defeitos do entendimento atual sobre a afetação regimental.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Legislação Informatizada. Resolução 604, de 11 de dezembro de 2017. Publicada no Diário da Justiça Eletrônico 291, em 18/12/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO604-2017.PDF>>. Acesso: 18 jun. 2020.

CONCLUSÃO

O art. 93, IX, CRFB, impõe que toda decisão judicial seja fundamentada, padecendo de nulidade aquelas que proferidas em descumprimento com este comando. A norma opera efeitos diretamente sobre o Supremo Tribunal Federal, uma vez que este é órgão do Poder Judiciário.

Logo, toda vez que o tribunal decidir, seja por decisão monocrática ou por acórdãos do Pleno ou dos órgãos fracionários, deve o fazer fundamentadamente. Fundamentação é um capítulo dentro da decisão, não se confundindo com esta.

Todavia, nem todo ato da corte precisa ser fundamentado, mas só aquele que se apresentem como decisões. As decisões são espécies dos provimentos judiciais, tomando, nos tribunais, a forma de decisão monocrática, decisão interlocutória ou acórdão. Outra espécie de provimento judicial é o despacho, que, por não ser uma decisão, foge a regra da obrigatoriedade de fundamentação. A diferença fundamental entre decisões judiciais e despacho é que aquelas apresentam conteúdo decisório e potencialidade para gerar prejuízo a parte, enquanto estes só servem para impulsionar a marcha processual.

Julgando uma preliminar, no âmbito do HC 143.333/PR, o Pleno do Supremo Tribunal federal reconheceu como lícita a afetação realizada pelo Relator e asseverou que o art. 21, XI, RISTF, garante ao Relator um poder discricionário para afetar HC, não se exigindo qualquer hipótese para tanto e, também, dispensou o ato da obrigatoriedade de fundamentação.

Através de uma chave de leitura, percebemos que a tese majoritária afastou o dever de fundamentação do ato de afetação por entender que este ostenta natureza jurídica de despacho e não de decisão.

Empreendemos uma investigação para descobrir a natureza jurídica da afetação do HC, a fim de concordamos ou discordamos da natureza atribuída pela tese vencedora. Contrapomos o ato a alguns direitos processuais das partes, com a intenção de notarmos se o mesmo tinha potencial para violar alguns deles.

Concluimos que o ato não só tinha potencial, mas feria os princípios do juiz natural, da segurança jurídica e da isonomia. Desta conclusão, não restou outra saída se não compreender que a remessa de HC é uma decisão judicial; uma decisão interlocutória.

Apontado o erro da decisão da Corte Constitucional, enumeramos os atritos que esta causava a dispositivos constitucionais, ou seja, elencamos uma gama de inconstitucionalidades que se derivaram da interpretação dada ao dispositivo regimental. Contudo, prestando homenagem ao princípio presunção de constitucionalidade das leis, empreendemos um esforço com o objetivo de dar ao art. 21, XI, RISTF, uma aplicação sem desacordo com a Constituição. Duas ações se mostraram necessárias para estabelecer a harmonia entre o comando e a Constituição: a determinação de hipóteses vinculantes para o uso do instituto, retirando a subjetividade do Relator e a adoção de regime decisório para lidar com o ato da afetação.

Em tempos em que o Supremo passa por tantas desconfianças quanto ao ativismo dos seus ministros, decisões como estas causam o enfraquecimento da instituição. Perceba que a decisão fortalece em demasia o Relator e enfraquece os órgãos fracionários (que vê o Relator remeter uma ação que é de sua competência, sem nada poder fazer). Tendo as Turmas também poder para afetar, em respeito ao princípio da colegialidade, no mínimo caberia ao Relator levar o remédio aos seus pares, sugerindo a afetação.

Para além, o maior absurdo em torno desta decisão se encontra na possibilidade do Relator, conhecendo a jurisprudência de ambos os colegiados, levar o remédio para aquele que mantém entendimento alinhado com o seu. Não estamos afirmando que isso aconteça, mas o afastamento da fundamentação só reforça a desconfiança social em torno do instituto.

Concluimos pela inconstitucionalidade da interpretação dada ao art. 21, XI, RISTF, vendo pleno uso da norma, através de uma interpretação conforme a Constituição. Resta-nos aguardar que o Supremo reveja sua posição quanto a isso,

afinal, “cabe ao Tribunal Supremo errar por último”¹⁸⁹; e parece ter feito uso deste poder.

¹⁸⁹ Ver nota n° 52.

REFERÊNCIAS

ABREU, Nylson Paim de. **Princípio do Juiz Natural**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 17, n. 9, set. 2005.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional** – 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018.

Atualizada Conforme a Lei da Reforma Trabalhista e Inovações Normativas e Jurisprudenciais Posteriores. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019

BADR , Eid. **Princípio da Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Constitucional**. In: BADR, Eid; BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. *Hermenêutica Constitucional, decisões judiciais.* – Manaus. Editora Valer, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **A Efetividade das Normas Constitucionais Revisitada**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 197, jul. 1994.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 7.ed.rev- São Paulo: Saraiva, 2009

BATISTA, Thaisa Carvalho. **Fundamentação Analítica no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Análise do Imperativo Legal às Decisões Judiciais nos Termos do Art. 489, § 1º da Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015**. In: BADR , Eid; BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. *Hermenêutica Constitucional, decisões judiciais.* – Manaus. Editora Valer, 2016.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.305.642/MT**. Rel.: Ministro Mauro Campbell Marques Segunda Turma. Acórdão/Voto. 2012.

BRASIL. Legislação Informatizada. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil**.

BRASIL. Legislação Informatizada. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Legislação Informatizada. **Lei Nº 13.105, de 16 De Março de 2016 - Código de Processo Civil**.

BRASIL. STF. Legislação Informatizada. **Resolução 604, de 11 de dezembro de 2017**. Publicada no Diário da Justiça Eletrônico 291, em 18/12/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Assunção de competência no Resp. Nº 1.604.412** – SC. Rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Voto.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente **de Assunção de Competência no Resp. nº 1.303.374 – ES**. Rel. ministro Luís Felipe Salomão. Voto.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 603.266/PB**. Rel.: Ministro Gilson Dipp Quinta Turma. Acórdão/Voto. 2004

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.219.082 - GO**. Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Acórdão/Voto. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas**. Brasília: STF, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 1105 – DF**. Rel.: Ministro Paulo Brossard. Plenário. Acórdão/Voto. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática em Agravo Regimental no HC nº 143.333/PR**. Rel.: Ministro Edson Fachin. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho em HC n 143.333/PR**. Rel.: Ministro Édson Fachin. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargo de Declaração em Mandado de Segurança nº 25116**. Rel.: Ministro Ayres Britto. Plenário. Acórdão. 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 88660/CE**. Rel.: Ministra Carmem Lúcia. Plenário. Acórdão. 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 143.333/PR**. Rel.: Ministro Edson Fachin. Plenário. Inteiro teor do Acórdão. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 27920**. Rel.: Ministro Eros Grau. Petição. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 704**.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31º edição. Rev e ampl. Malheiros Editores. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Princípio do Juiz Natural na CF/88 Ordem e Desordem**. Revista de Informação Legislativa Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008.

COUTINHO, Jacinto. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DE MENDONÇA, Henrique Guelber. **O Princípio da Colegialidade e o Papel do Relator no Processo Civil Brasileiro**. Revista eletrônica de direito processual. 1ª Edição v. 1, n. 1 (2007) – Outubro/Dezembro[S.I.], 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho: Obra Revista e Atualizada Conforme a Lei da Reforma Trabalhista e Inovações Normativas e Jurisprudenciais Posteriores**. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019

DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios Processuais Constitucionais**. Salvador: *JusPODIVM*, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. — São Paulo: Martins Fontes, 2002 – (Justiça e direito), p. 50-63; 108-113.

FALCÃO Joaquim; CERDEIRA Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números O Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro. 2011.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. **Jurisprudência Defensiva e a Função dos Tribunais Superiores**. [S.I.]. Revista de Processo. Vol. 209/2012. 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 9. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador. *Juspodivm*, 2017.

FERREIRA, Gabriela Macedo. **O Ato Concertado entre Juízes Cooperantes: Esboço de uma Teoria para o Direito Brasileiro**. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez. [s.l.]. 2019.

FRIEDE, Reis. **Do Princípio Constitucional do Contraditório: Vertentes Material e Formal (à Luz da Evolução Jurisprudencial e Legislativa do Regramento Processual Civil)**. Revista Justitia, São Paulo, v. 204/205/206, p. 217-230, Jan./Dec. 2013-2014-2015

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito**. 5º Ed. rev e ampl. Malheiros Editores.. [S.I.], 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Princípio do Juiz Natural e Sua Dupla Garantia**. Revista de Processo, vol. 29, p. 11, jan. 1983.

JOBIM, Marco Félix. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 6 ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. *JusPodivm*, 2018

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais – Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria dos Precedentes**. Coordenador Fredie Didier Jr. – 3 ed. Ver. Atual – Salvador: *Juspodvm*, 2019.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. rev.; atual e ampl – São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018
- MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed.. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARTINS, Leonardo.. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. **Curso de Direito Constitucional** – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito**. Revista da Faculdade de Direito UFPR. ISSN: 0104-3315 (impresso – até 2013).
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. Salvador: Ed. *JusPodivm*, 2018.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito constitucional** - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. *JusPodivm*, 2016.
- OLIVEIRA, Lúcia Lara Araújo de; SIMON, Souza Wernersbach. **Uma Análise do Parágrafo Único do Artigo 475-P do Código de Processo Civil à Luz do Princípio do Juiz Natural**. Processo e jurisdição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Fabricio Muraro Novais, Francisco Cardozo Oliveira, Marlene Kempfer. – Florianópolis : FUNJAB, 2013.
- OMMATI, Fides Angélica de Castro Veloso Mendes. **Dos Freios e Contrapesos entre os Poderes do Estado**. R. info. Legis. Brasília v.14 n. 55. Jul / Set, 1977.
- PADILHA, Letícia Marques; JOBIM, Marco Felix. **Fundamentação das Decisões Judiciais no Código de Processo Civil de 2015**. In: OLIVEIRA, Flávio Luís de; BORGES, Paulo César Corrêa. Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III. Organização CONPEDI/UNICURITIBA. – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ROCHA, Mauro Sérgio. **Aplicação Direta de Princípios Constitucionais: Justificação das Decisões Judiciais**. In: CUNHA, J.S. (coord), QUEIROZ, Luiz

Fernando de (Edit). **Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil.** Curitiba: Bonijuris, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional** .- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica.** – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SILVEIRA, Michele Costa da. **Reflexões Acerca do Princípio do Juiz Natural.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 18, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos De Trabalho.** 2.ed.1. reimp. Belo Horizonte. Fórum, 2016

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Motivação e Fundamentação das Decisões Judiciais e o Princípio da Segurança Jurídica.** Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº 7 - Jan./Jun 2006 - Vol.2

STF. 1 vídeo (duração de 2 h, 16m e 58s). **STF Conclui Julgamento da AP 470 Após 53 Sessões Plenárias (1/1).** Publicado pelo Canal STF, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional.** In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado.** 20. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum.** – 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. III.** 51 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **O Princípio da Fundamentação e do Contraditório no Novo Código de Processo Civil.** Primeiras Impressões. In: DIDIER, Fredie. **Novo CPC doutrinas selecionada,** V. 1 : Parte geral. Organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador *Juspodivm*, 2016.

VELLOSO, Carlos. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional.** Revista de Direito Administrativo. v. 192 – Rio de Janeiro, 1993.